Legislación - Jurisprudencia
Sinopsis objetiva del proceso penal
Esquema del asiento territorial del juicio

Manual de Derecho Procesal Penal

Juicio Oral y Público Penal Nacional

JORGE R. MORAS MOM

Sexta edición actualizada

LexisNexis®
Abeledo-Perrot
Buenos Aires

Moras Mom, Jorge R.
Manual de derecho procesal penal. 6ª.ed.Buenos Aires Abeledo-Perrot, 2004.
550 p. ; 23x16 cm

ISBN 950-20-1574-6

1. Derecho Procesal Penal. I.Título.
CDD 347.05

Todos los derechos reservados
© by ABELEDO-PERROT
LEXISNEXIS ARGENTINA S.A.
Lavalle 1280 - (C1048AAF) - Buenos Aires Argentina
Tel. (54-11) 5235-5430 - info@lexisnexis.com.ar
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

I.S.B.N.: 950-20-1574-6

El derecho de propiedad de esta obra comprende para su autor la facultad de disponer de ella, publicarla, traducirla, adaptarla o autorizar su traducción y reproducirla en cualquier forma, total o parcial, por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información; por consiguiente nadie tiene la facultad de ejercitar los derechos precitados sin permiso del autor y del editor, por escrito, con referencia a una obra que se haya anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición públicas o privadas, excepto el uso con fines didácticos de comentarios, críticas o notas, de hasta mil palabras de la obra ajena, y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto.

Los infractores serán reprimidos con las penas del artículo 172 y concordantes del Código Penal (arts. 2°, 9°, 10, 71, 72, ley 11.723).

IMPRESO EN LA REPUBLICA ARGENTINA

Se terminó de imprimir el día 16 de abril de 2004,
en COOPERATIVA GRÁFICA VUELTA DE PÁGINA,
Llerena 3142, Buenos Aires, República Argentina
Tirada: 1200 ejemplares

A mis alumnos

NOTA PRELIMINAR

Con este trabajo, las ampliaciones que se le han introducido, las citas de doctrina y jurisprudencia que se le han sumado, como así también el comentario sobre algunas reformas proyectadas, se aspira a ofrecer un cuadro sistemático básico, que mostrando algo así como el esqueleto, permita, luego, ir agregando partes actuales o futuras que se ajusten como más adecuadas y ágiles. Se trata de resaltar en todo momento y en forma uniforme que esa obra humana de conocimiento que es el proceso, debe ser privilegiadamente ágil, rápida y certera de modo tal que al drama del delito no venga a sumarse el de la duración del proceso, casi como una pena para todos: víctima, victimario y sociedad.

La experiencia recogida en el ejercicio de la docencia señala que en su primer contacto con la materia el alumno necesita objetivizar el conocimiento que abstractamente va adquiriendo como previo a toda práctica. Por esta razón en esta obra a ellos dedicada, se incluyen dos síntesis ya usadas en clase positivamente. Una al final de la etapa Instrucción: "Sinopsis objetiva del proceso penal-etapas-contenido". Otra al final de la del Juicio: "Esquema del asiento territorial de la etapa juicio-sectores-contenido".

JORGE R. MORAS MOM

CAPÍTULO I

DERECHO PROCESAL PENAL

SUMARIO: I. Función penal. Sus presupuestos jurídicos. Principio *nulla poena sine lege* principio *nulla poena sine iudicio*.— II. Concepto de derecho procesal penal.— III. Caracteres: a) Es una rama del derecho público; b) Funcionalmente es accesorio o instrumental respecto del derecho penal material; c) Científicamente, como disciplina, es autónomo respecto del derecho penal material; d) Es una rama del derecho procesal general.— IV. Fuentes.— V. Relación con otras disciplinas.— VI. Ley procesal penal y sus efectos espaciales, temporales y personales: a) Efectos espaciales; b) Efectos temporales; c) Efectos personales.

I. FUNCIÓN PENAL. SUS PRESUPUESTOS JURÍDICOS. PRINCIPIO NULLA POENA SINE LEGE. *PRINCIPIO* NULLA POENA SINE IUDICIO

La función penal es la facultad y el deber que tiene el Estado de combatir la delincuencia; la que se cumple en forma necesaria, obligatoria y autolimitada.

Ella no es sino el resultado de una larga evolución en el tiempo y en el campo jurídico.

La antigua forma de hacerse justicia por propia mano mediante la venganza y la guerra privada para enjugar las ofensas que estimaren las pretendidas víctimas, fue paulatinamente combatida por los reyes durante la Edad Media a través de imposiciones temporarias al inicio y definitivas desde 1495 de lo que se llamó "Paz Pública", la primera, y "Paz Perpetua" la segunda. Ambas ayudadas por imposiciones de la Iglesia que establecían el mismo efecto suspensivo y que fueron las "Treguas de Dios".

En forma paralela al debilitamiento de la justicia individual, crece la justicia pública a cargo del monarca, la que precisamente por ser obstativa de aquélla, se convierte de prestación obligatoria. Solamente reaparecía la oportunidad de la primera cuando la del Estado no llegaba o no podía llegar a tiempo y se da, de tal suerte, el origen de la legítima defensa de las personas y de los derechos bajo todas sus formas.

Cuando las monarquías caen se traslada la soberanía de éstas al pueblo; al nacer los nuevos Estados, a esos pueblos y a los hombres que los forman se les reconocen derechos y garantías y se les estructuran instituciones para gobernarlos, servirlos y protegerlos, distribuyendo funciones en tres grandes órganos de poder que fueron el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial. Todo, tanto el reconocimiento de derechos y garantías como la organización del Estado, se plasmó en una ley suprema que fue la Constitución.

Surge así, a cargo del Estado, la función penal que, en su lucha contra el delito, ofrece un amplio prisma de actividad de gobierno que cubre en primer lugar la previsión por ley de las conductas humanas que serán consideradas delito y la sanción que por su comisión corresponde, todo lo cual se pone a cargo del Poder Legislativo y da origen a la incriminación o ley penal. Éste es el derecho penal sustancial, que en nuestra Constitución Nacional se regula en el art. 75, inc. 12, con validez nacional.

Pero la previsión sustancial debe concretarse en el caso particular, convirtiendo la mera pretensión punitiva del Estado en derecho subjetivo de punir, paso que se cumple, dentro de la función penal estatal, mediante el proceso (el "juicio" a que se refiere la primera parte del art. 18, CN). Y éste habrá de tramitarse necesaria y obligatoriamente por ante los tribunales constituidos al efecto, tanto nacionales como provinciales, según que los hechos cayeren bajo una u otra jurisdicción (art. 75, inc. 12, última parte, CN). Tanto la regulación del proceso como la del tribunal, constituyen la administración de justicia, que, como facultad-obligación se impone al Estado moderno por sus respectivas constituciones. La nuestra la prevé programáticamente en el *Preámbulo*: "*...afianzar la justicia...*"; la implanta dentro del sistema republicano que adopta para su gobierno, imponiendo la división del poder en tres órganos independientes (uno de ellos el Judicial) —art. 1°, CN—. Y a ese Poder Judicial de la Nación lo encabeza con el máximo tribunal del país, que es la Corte Suprema de Justicia que crea en el art. 108 y lo completa con los demás tribunales inferiores que se creen por ley (*idem*).

Regula la competencia de este Alto Tribunal (arts. 116 y 117, CN), le da la facultad de gobernarse reglamentariamente (poder de superintendencia), imponiendo las condiciones para formar parte de él como jueces y la intangibilidad de sus remuneraciones (art. 110, CN).

Por encima de la Corte instituye el Consejo de la Magistratura el que tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial (art. 114, CN).

Para asegurar la privaticidad de la función jurisdiccional a cargo del Poder Judicial, prohíbe al presidente de la Nación arrogarse el conocimien-

to y decisión de causas judiciales (art. 109, CN) y aun en sus facultades extraordinarias en el estado de sitio, limita la actuación del Ejecutivo a sólo arrestar a las personas y disponer su traslado a lugares del país y conceder la opción para salir de él (art. 23, CN).

Mas nuestra Constitución Nacional no se reduce a afianzar la justicia en el orden nacional sobre los principios republicanos de división de poderes y las garantías que la rodean, sino que también le impone a las provincias que lo hagan de igual manera en sus respectivas constituciones locales (art. 5°, CN) y éstas lo cumplen sobre la base de poderes reservados (arts. 121 y 123, CN).

De esta suerte la administración de justicia está asegurada y garantizada en toda la República.

Esa administración de justicia se impone como monopolio de la función jurisdiccional y se regula a través de sus dos núcleos que son la organización del juez y la organización del proceso, por las leyes orgánicas de tribunales y las leyes de procedimientos respectivamente.

De esta suerte, dado nuestro régimen político impuesto por la Constitución Nacional (arts. 1°, 5°, 108 y 121, CN) contamos en nuestro país con una organización judicial nacional que cubre todo el territorio de la República y que se distingue como justicia de sección, y la de la Capital Federal, como justicia federal o especial y ordinaria o común de la misma. En ella el proceso penal se desarrolla conforme la regulación que impone el Código Procesal Penal, sus leyes complementarias y reglamentos de justicia.

Ello se completa, a su vez, con similares ordenamientos dictados por cada una de las provincias, extremos por los cuales contamos con veintitrés leyes orgánicas de tribunales y otros tantos códigos procesales penales locales.

Para la vigencia total de esa administración de justicia en todo el territorio, según los hechos caigan bajo las respectivas jurisdicciones, el art. 7°, CN asegura la validez de los procesos y resoluciones en toda la extensión de la Nación.

Se completa así esta etapa de la función penal del Estado; que es ese paso intermedio entre la incriminación (esto es la previsión genérica y abstracta en la ley penal de fondo) y su adecuación al caso concreto, transformando la pretensión punitiva en derecho subjetivo de punir y su consecuente ejecución.

Esta etapa intermedia y necesaria es el "juicio"; más propiamente el "proceso" en el orden técnico. Es a ella a la que se refiere la garantía procesal constitucional del art. 18, 1ª parte, de la Constitución, en cuanto establece que ningún habitante de la Nación podrá ser penado sin juicio previo, conforme a la otra gran limitación que —en función de garantía de liber-

tad— impone que ese juzgamiento sólo puede ser llevado a cabo sobre una ley penal sustancial que acuñe al hecho como delito antes de haber éste acontecido (arts. 19, 2ª parte, y 18, 1ª parte, CN).

Y así, por imperio de la fórmula nullum crimen, *nulla poena sine lege* el Estado se autolimita en la incriminación y, por su parte, en el orden procesal, por el principio *nullum poena sine legale iudicio* se autolimita también, imponiéndose el deber de asumir calidad de parte en el proceso, con la obligación por parte del acusador de probar tanto el hecho como la responsabilidad del acusado. Éste es el Estado de Derecho que desconfía de sí mismo y que por ello regula su propia actividad jurisdiccional.

Del ejercicio pleno de esta última surge, como ya lo hemos dicho, la conversión de la pretensión punitiva en derecho subjetivo de punir, que el Estado, en el caso concreto lleva adelante en la etapa de la ejecución de la pena, mediante las formas que brinda la legislación penitenciaria y con la que se completa la aquí analizada función penal.

II. Concepto de derecho procesal penal

El derecho procesal penal es la rama del derecho público que establece los principios y regulación tanto de los órganos jurisdiccionales del Estado para la administración de justicia, como del proceso como medio para la concreción del derecho concluir jurídico-penalmente. Ello es lo que se hace por medio del proceso, con intervención de las partes, ante un órgano jurisdiccional. Ésta es la materia que es objeto del derecho procesal penal, y ésta, también, su parte en la función penal del Estado.

III. Caracteres

a) Es una rama del derecho público

Porque sus normas regulan una actividad del Estado, cual es su función jurisdiccional.

Si bien tiene una muy estrecha vinculación con las garantías individuales como expresión de libertad, las que juntamente con la seguridad son emanación de la Constitución Nacional, no todos sus institutos son de orden público. En la regulación de cada uno de ellos tiene que contemplarse un equilibrio perfecto entre el interés colectivo de seguridad y la libertad individual del imputado. Cuando la materia regulada, tanto como medio o como fin a alcanzar, compromete gravemente los principios fundamentales

en que se asienta la legislación del país, aun cuando la norma particular de que se trate no lo diga en forma concreta, ella es de orden público.

El derecho procesal penal presenta un mayor compromiso con el orden público que el procesal civil, por la naturaleza misma de la materia que regula cada uno de ellos.

La calidad de orden público de una norma o instituto incide directamente en la disponibilidad, o no, que las partes o el mismo tribunal pueden tener respecto de ella. Las de ese carácter no pueden ser dejadas de lado, son de cumplimiento obligatorio.

b) Funcionalmente es accesorio o instrumental respecto del derecho penal material

El objeto propuesto —el fin a que aspira— por el derecho procesal penal es el de servir a la concreción o materialización del derecho penal sustancial. Es decir, se comporta como accesorio de este último; le sirve como medio o como instrumento para que aquél alcance su específica finalidad represiva.

Se ha dicho que sin el derecho procesal penal la norma penal sustancial es totalmente inocua por cuanto vive abstractamente en la ley, pero no toma contacto con el caso concreto. Este contacto con lo concreto es el que instrumenta el derecho procesal penal.

c) Científicamente, como disciplina, es autónomo respecto del derecho penal material

Esta separación de forma y fondo se produjo cuando, rompiendo la unidad que se afincaba en la afirmación de que lo formal consistía en el derecho de fondo actuante (derecho de fondo "armado con casco y espada" para su defensa), se aisló la acción como institución autónoma mediante la cual se lleva una pretensión de aplicación del derecho de fondo ante el tribunal.

Y de esta manera se separan las finalidades de ambas ramas jurídicas. La del derecho penal es la de la determinación de la acción humana que, por acuñada como delito, tiene como consecuencia la imposición de una pena. En cambio, la del derecho procesal penal es la de la regulación de la actividad que debe cumplirse para la aplicación de la pena.

Aparecen así dos materias diferentes; específica cada una de ellas de cada rama del derecho penal.

d) Es una rama del derecho procesal general

Dentro de una misma disciplina, la que tratamos es sólo una de las ramas; la otra es la del derecho procesal civil.

La vinculación entre ellas ha sido materia de teorías encontradas por cuanto, sin desconocer que se presentan estructuras diferentes, propias, cada una de ellas, de la adecuación al tipo de derecho de fondo que manejan y los principios constitucionales que las informan y que hay comunidad de conceptos fundamentales, unos sostienen la total independencia y otros la unidad de tales ramas.

Es incuestionable que hay una comunidad o similitud de formas, especialmente en la parte estática procesal que es la que hace, en general, a la organización del juez (tribunales, instancias, integración de los mismos, capacidades para ello, facultades, etc.).

También ello es así, en los grandes lineamientos de los procesos, por cuanto ambos están gobernados por los mismos principios y garantías constitucionales que hacen a la defensa en juicio, de donde derivan la bilateralidad, intervención y la oportunidad de prueba.

Pero, en lo particular ambas materias se separan por cuanto sus esencias son diferentes.

La del proceso civil es voluntaria; puede concurrirse al juicio o desechar tal posibilidad. Voluntariamente puede dejarse de lado el demandar el cumplimiento de una obligación o declinar el derecho y perder. O puede iniciarse el proceso, luego acordar con la otra parte y declinarlo, incluso perdiendo. Es decir, las partes pueden siempre convenir entre ellas la suerte misma del proceso. Prevalece siempre la nota privatística del derecho de fondo. Por ello se ha dicho que el proceso civil es el sustituto institucional del convenio.

Contrariamente, el penal es ineludiblemente obligatorio por mandato de la Constitución Nacional, la que en su art. 18, 1ª parte, impone que para condenar es indispensable el juicio previo. El Estado, por medio de sus órganos predispuestos al efecto, tiene obligatoriamente que promover la acción pública emergente de la comisión de un delito y no puede declinarla, por lo que la única forma normal de terminar un proceso penal es mediante la sentencia. El proceso penal es indisponible. Prevalecen en él las notas publicísticas del derecho penal de fondo. Ello incide en la calidad de las partes, las formas de los actos, impulsión, etc.

Por ello, si bien hay comunidad genérica de principios y formas, específicamente, ambos procesos son diferentes y, en su consecuencia, los derechos procesales penales y civiles son autónomos.

IV. Fuentes

En primer lugar, respecto de este tema corresponde analizar lo que genéricamente denominaremos la ley.

En efecto, ella es la fuente del derecho procesal penal pero a su respecto cabe distinguir sus distintos tipos y jerarquías:

a) *La Constitución Nacional* en la que se encuentran los principios que regulan, como garantías, todos los derechos tanto respecto de la sociedad, como del individuo en la administración de justicia penal a la que también estructura básicamente en el orden nacional y exigiendo que en lo provincial, sobre la base de los mismos principios, se organice la de cada Estado.

Precedentemente (punto I) se han analizado dichas previsiones constitucionales.

b) *Leyes dictadas en consecuencia* de esos principios básicos y que organizan los tribunales, estableciendo su tipo de composición, instancias, recaudos funcionales, exigencias para su integración, competencia, sustitución, régimen disciplinario, etc.

Ellas se diversifican en las de orden nacional y las de cada Estado local.

c) *Leyes que*, acordes con los principios constitucionales, *regulan el proceso* a llevarse a cabo ante esos tribunales. Éstas son las que, codificadas, constituyen los códigos procesales penales, tanto de la Nación, como los de cada una de las provincias.

d) *Leyes especiales*, complementarias de esos códigos, regulando aspectos específicos, como archivos de documentos, efectos, o destino de ellos, o simplemente, notificaciones, etc.

e) *Tratados internacionales* regulando los procedimientos entre Estados, cooperación entre ellos, o la validez de los actos entre países (por ejemplo, Tratado de Derecho Internacional Privado de Montevideo de 1889 Convención de 1933, *idem*, etc.).

f) *Reglamentos de justicia* que tienen facultad de dictar tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como los demás superiores tribunales de provincia, incluyendo los que por delegación dictan las cámaras de apelaciones de cada fuero nacional o local. Así, hay un reglamento para la justicia nacional dictado por la Corte Suprema y hay un reglamento para la justicia nacional en lo criminal y correccional de la Capital Federal.

En todos ellos se regulan detalles funcionales de los institutos creados y estructurados por las leyes. Por ejemplo, se regula un régimen especial de sorteos de turnos entre los juzgados de instrucción para la recepción de las denuncias; lo que complementa la letra del Código Procesal Penal que impone que éstas pueden presentarse ante el juez. O en el caso tanto de la acu-

sación, como de la defensa, imponen el contenido de cada uno de esos actos porque el Código no lo hace, etc.

g) *La jurisprudencia* es otra de las fuentes del derecho procesal, tanto se refiera ella a las previsiones procesales de la Constitución Nacional, como al resto de los órdenes normativos destacados precedentemente. Y sea ella simple o plenaria. Sea ella a cargo de la Corte como de las cámaras.

h) *La doctrina de los autores* no es fuente de derecho procesal penal. La doctrina y la interpretación que ella haga de las leyes, así como la propuesta de reformas y ajustes de los respectivos institutos, podrán fundar nuevas leyes o la interpretación jurisprudencial y tendrán mayor o menor peso según la jerarquía de su autor, pero, por sí misma, no es fuente.

i) *La costumbre* no es fuente de derecho procesal penal.

La elaboración de cada norma de esta materia impone un minucioso análisis de los derechos y garantías fundamentales comprometidos, en busca de su equilibrio (los de la sociedad en orden a *seguridad* y los del individuo en orden a *libertad*) y si en algo se los debe invadir, rodearlos de todos los cuidados para paliar en grado máximo la lesión (por ejemplo la regulación de la declaración indagatoria, la aprehensión, la detención, etc.). Todo el derecho procesal positivo tiene esa trabazón constitucional.

La mera forma de hacer las cosas en cumplimiento de la ley como simple formalidad, de simple trabajo legal, no quita ni pone por cuanto se está, día a día, haciendo hacer a la ley. No es sino una costumbre conforme a la ley.

Pero el hacer en contra es dejar de cumplir con el mandato de la ley. Respecto de los mandatos del Código de 1889: no informar la duración vencida del sumario (art 206, CPP); no controlar el fiel desarrollo del sumario (art. 442, CPP) ...no controlar el fiel cumplimiento de las actas en el secuestro de efectos en el cuerpo del delito... etc., es lisa y llanamente no cumplir con la ley. Cuando en justicia correccional por delitos de acción pública, en el respectivo proceso no se dicta la prisión preventiva, ni el embargo, no se asegura cautelarmente al procesado ni a su patrimonio, se incumple la ley.

Esa corriente de incumplimiento, aun cuando sea habitual, aun cuando alguien la quiera institucionalizar como costumbre jamás podrá decirse que es fuente de nada.

V. Relación con otras disciplinas

El derecho procesal penal tiene relación con otras disciplinas jurídicas y extrajurídicas.

Dentro del campo de las primeras, se vincula con:

a) *El derecho constitucional* en la forma y por las razones que se han analizado en el número I.

b) *El derecho penal sustancial* que es el que tipifica los hechos que, imputados a un hombre, constituyen el objeto del trabajo del derecho procesal penal. El delito abstracto de que se trate en el caso concreto de su comisión, es el que *proporciona el marco de la actividad adquisitivo-probatoria* (con más todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo), que se debe cumplir en el proceso. Todo con la finalidad de que, por aplicación del derecho de fondo represivo, se pueda aplicar una pena al responsable.

El derecho procesal penal es el medio de actuación del derecho penal sustantivo.

Por lo demás todos los institutos procesales sustanciales están legislados en el Código Penal (acciones que nacen de los delitos, su extinción, su ejercicio).

c) *El derecho civil* que es disciplina a la que se recurre en institutos básicos, como el *cómputo del tiempo* para los términos procesales; la *capacidad de las personas* para el ejercicio de sus derechos formales; la determinación de sus *domicilios* para la competencia; los *parentescos* para la apreciación de las normas que limitan las posibilidades de denuncias o declaraciones testimoniales entre *parientes consanguíneos o afines*; la *conceptuación de instrumentos públicos y privados* para la valoración de la prueba y recepción de cotejos instrumentales, etc.

d) *El derecho procesal civil* que como rama que es de un mismo tronco disciplinario, con comunidad principista general con el derecho procesal penal, hace que éste pueda integrarse en muchos de sus institutos, no específicos por la naturaleza del derecho de fondo a aplicar, con muchas normas de aquél.

e) *El derecho internacional privado* que es otra de las áreas jurídicas con las que se relaciona por cuanto toda su materia, saliendo del territorio nacional y en contacto con las de otros Estados —ya como país requerido, como requirente, como de cumplimiento de actos rogados o por él rogados o por actos ilícitos comenzados o consumados entre territorios de Estados—, debe adecuarse a esa realidad internacional y regularse por tratados y complementarse con las reglas procesales internas.

Fuera de las disciplinas jurídicas, el derecho procesal penal demanda información funcional de otras disciplinas entre las que pueden destacarse:

1) *Medicina*, la que con el aporte de su especialidad legal podrá informar lo que hace tanto a la capacidad procesal, como en orden a la responsabilidad penal; aportará pericialmente lo indispensable para calificar el grado de lesiones; causa de la muerte en el homicidio, etc., en fin: todo lo

que resalta el Código Procesal nacional en la regulación del cuerpo del delito afín con esta ciencia.

2) *Sociología y psicología* son ciencias cuyos aportes, de valor como base pericial para la apreciación de múltiples aspectos procesales, resultan íntimamente relacionados con los procesos especializados de menores —ya autores, ya víctimas de delito— en los que las normas procesales comunes se complementan con las que persiguen una adecuación formativa de la personalidad del menor con el aporte de factores sociales y personales positivos.

3) *Criminalística* que como ciencia de la investigación se relaciona con el derecho procesal penal ya que le aporta su caudal de técnicas investigativas de aplicación en la acreditación del cuerpo del delito, en la identificación de los imputados, en la apreciación técnica de medios de comisión, en la determinación de toda clase de rastros, huellas, de medios comisivos en todos los delitos.

4) *Computación. Informática jurídica*, tampoco son ajenas a las necesidades del derecho procesal penal, no sólo para la investigación del objeto del proceso, sino para el funcionamiento mismo de la administración de justicia, en la organización del tribunal, y en el desarrollo del proceso:

— Informática documental,
— Informática de gestión,
— Informática de resolución.

VI. Ley procesal penal y sus efectos espaciales, temporales y personales

Para el tratamiento del presente punto es conveniente señalar que por el tipo de normas, las leyes o códigos que las receptan deben ser distinguidas en estáticas y dinámicas, según instituyan el órgano permanente de aplicación o regulen el proceso como medio o instrumento de actuación, respectivamente.

También habrá de tenerse en cuenta si esas normas presentan un carácter tal que su violación altere gravemente los principios fundamentales en que se asienta la legislación del país, por cuanto según el caso serán de orden público o no, y en consecuencia, disponibles o no por las partes y el legislador.

Con tal prevención se abre a la consideración la validez de la ley procesal penal.

a) Efectos espaciales

Rige respecto de este tipo de ley el *principio de territorialidad*, por el cual ésta es de aplicación dentro del territorio nacional o provincial para el cual se ha dictado. Entendiendo por territorio, el espacio circunscripto por los límites jurídicos, tanto en lo que hace a la tierra como a las aguas. Y la ley se difunde por todos esos espacios de tierra o agua en los que por la naturaleza o por convenio se ha extendido la soberanía.

Se incluye dentro de ese aspecto espacial los conocidos como territorios flotantes, esto es, existen delitos cometidos en lugares donde la única expresión de soberanía, en medio de un vacío de ella (aguas o espacio aéreo internacionales) es la bandera de la nave o aeronave.

De este modo, todo acto procesal penal propio o rogado por otro Estado se cumplirá por la ley procesal penal del lugar de producción. Y los Estados regularán por acuerdos interestaduales (nacionales o internacionales) sus formas y validez.

b) Efectos temporales

En el tratamiento del presente punto estimamos conveniente distinguir en lo que hace a las leyes procesales, las que tienen una naturaleza estática en cuanto regulan la organización del juez (Ley Orgánica de Tribunales) por las que se crea, organiza y regula la composición del tribunal, fijándole su competencia, funcionamiento por instancias: sustitución de un tribunal por otro en el caso de recusación o excusación masiva, etc. Es decir, lo que hace a los jueces creados por la ley en forma permanente y con anterioridad a cada hecho.

Es incuestionable que ello se vincula con la garantía del juez natural que regula el art. 18, CN ("Ningún habitante de la Nación puede ser... juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa") y por consiguiente aquí sí tiene mucha importancia el momento de comisión del delito de que se trate por cuanto ese momento fija un límite temporal *después del cual no se puede crear un nuevo tribunal, ya sea en forma íntegra ya en forma parcial*, en cuanto al ya existente al momento del hecho, se le modifiquen las competencias y, sacando el juzgamiento del "hecho anterior" del tribunal competente en ese momento, lo trasladen al de la nueva competencia.

De esta suerte y con relación al hecho ya cometido, cristalizado en el tiempo, la ley procesal estática posterior que crea nuevos tribunales en forma total o parcial, no tiene ningún efecto respecto del *tribunal existente an-*

tes del hecho, por cuanto por imperio del art. 18, CN ningún habitante de la Nación puede ser sacado del conocimiento y juzgamiento de estos últimos "designados por la ley antes del hecho de la causa".

Es decir, este tipo de ley procesal penal no tiene efecto retroactivo con relación al hecho ya cometido, y en cambio la ley antigua (la derogada) tiene efecto ultraactivo. En todo esto está comprometido el orden público en cuanto se refiere a extremos básicos sobre los que se asienta la organización fundamental de la Nación, en consulta con la garantía del juez natural.

Por el contrario la situación no es igual con relación al otro tipo de ley procesal, cual es el que regula el proceso mismo como forma instrumental usada por el juez para el cumplimiento del objeto de la administración de justicia, esto es la actuación del derecho material penal, en el caso concreto.

En efecto, a este respecto no hay previsión alguna en la ley fundamental que sea similar a la de retroactividad impuesta para la ley de fondo (arts. 18, 1ª parte, CN, y 2°, CPen.) con referencia al hecho, por lo que con relación a éste la ley procesal dinámica (la reguladora del proceso) no tiene punto de referencia temporal. El objeto mismo del proceso en lo que hace a la acreditación de hecho y autor en función del derecho penal y con aspiración represiva, es diferente al del de derecho penal de fondo que es el de la incriminación de acciones e imposición de las penas.

Por estas razones es que temporalmente la nueva ley procesal dinámica, salvo que expresamente prevea lo contrario, desde el momento mismo de su vigencia es aplicable, respecto de hechos ya cometidos con anterioridad, a los procesos que aún no se hayan iniciado, a los ya iniciados para los actos procesales pendientes y, por cierto, quedan excluidos los procesos terminados. Es decir, como regla, la ley de este tipo rige para el futuro.

En el caso concreto de la nueva ley procesal penal nacional 23.984, se prevé en sus arts. 536 y 537 que sus disposiciones se aplicarán para el futuro, para lo cual señala como fecha de inicio de vigencia el día 5 de septiembre de 1992 (art. 539, a partir del año de su promulgación).

Pero condiciona tal aplicación para las causas ya en trámite al extremo de que a la fecha de entrada en vigencia, no se hubiere contestado ya el traslado de la defensa, en cuyo caso se seguirían aplicando las normas del Código viejo. La previsión es clara y fundada por cuanto ése era el momento en que el plenario ya abierto por la acusación, se convertía en bilateral.

Lo cierto es que la norma era imperativa. Por no arribado ese momento se aplicaba de oficio el nuevo Código, conservando su validez los actos anteriores.

El sistema sancionado se deroga, a poco, por el art. 12, ley 24.121, que dispone que en todos los casos las causas proseguirán sustanciándose y ter-

minarán de conformidad con las disposiciones de la ley 2372... y sus modificatorias, *salvo que el procesado o acusado solicitare la aplicación del procedimiento previsto en la ley 23.984... dentro de los quince* (15) días de notificado legalmente para el ejercicio de esa opción", la que debe ser unánime en caso de haber varios procesados, siendo su última oportunidad para todos los casos hasta antes de contestar el traslado de la acusación.

El sistema introducido por esta última norma nos parece totalmente inapropiado, por las siguientes razones:

a) Para la etapa de la instrucción, e incluso el primer tramo de la del juicio, torna posible, poniendo en manos del procesado, la aplicación —a su voluntad— del régimen viejo en lo que hace a la falta de publicidad del proceso. El silencio de la escritura y la rémora de su lentitud continuarán siendo base de rédito para todos aquellos famosos que, teniendo mucho que rendir, también tenían mucho que ocultar. Se rompió así el símbolo de la nueva justicia de la ley 23.984, la rapidez, publicidad y transparencia del "juicio".

b) La extensión de la oportunidad de opción hasta ya entrada a la etapa de juicio o plenaria, trastrueca el orden procesal con incidencia directa en la dilatación temporal de su trámite, imponiendo contramarchas y, en su caso, adecuaciones inadmisibles.

En efecto, limitada la oportunidad de opción al trámite procesal de la instrucción, haciendo coincidir la oportunidad del art. 429 —clausura del sumario— del Código viejo, con la de la vista del art. 346 sobre el mérito de la instrucción con miras a la clausura y elevación a juicio, sin perder tiempo se daba oportunidad para, por vía abierta en forma clara, ir a la clausura y luego a la apertura del plenario por el dictamen fiscal y traslado a la defensa; o, en su caso, totalmente diferente en actos procesales y oportunidades, recibir la acusación inicial en instrucción (dictamen de elevación), dar el traslado a la defensa, proveer a la elevación o no, y luego entrar al juicio.

Con el sistema adoptado, se abre el plenario y (hasta) antes de contestar la acusación, se opta por el sistema nuevo, para el cual sobra todo lo hecho y le falta todo lo nuevo previsto. Ello fuerza a conferir valores a actos ya producidos, que no lo tienen por la nueva ley ni por la vieja.

El trámite de adecuación, ante la opción, tendría que hacerlo la instrucción, con retorno al juzgado respectivo, por lo que, incluso la remisión al tribunal de juicio, en el caso del proceso nuevo, debe cumplirlo luego del traslado a la defensa (art. 349), el juzgado de instrucción (apartándose del régimen viejo) que cesa en holocausto ante el régimen nuevo.

Tiempo, tiempo, pérdida de tiempo.

La reducción del tiempo en la duración del proceso es una garantía constitucional que debe ser respetada siempre, si se desea tener seguridad jurídica.

La nueva jurisprudencia ha debido pronunciarse expresamente sobre esta materia y no ha sido uniforme [1].

[1] En contra Cám. Crim. Capital Federal, que dijo que "habiéndose cumplido los requisitos del art. 347 (dictamen acusatorio de elevación a juicio), el juez de sentencia está habilitado a dar cumplimiento al art. 349 *ibidem* y siguientes (de la ley 23.984), al menos en esta etapa de transición, a fin de no entorpecer la eficaz administración de justicia".

Cám. Nac. Crim., sala especial (int.), 26/10/1992, "Bandoni, Marcelo Rubén", sent. "Z", causa 6115. Voto de los Dres. Navarro y Valdovinos.

Nota: La causa radicada en el juzgado de sentencia y tramitada bajo el procedimiento de la ley 2372 (Código viejo), había avanzado hasta la acusación formulada por el fiscal de acuerdo con lo preceptuado por el art. 457, CPP (ley 2372); luego de ello el procesado ejercitó la opción por el procedimiento establecido por la ley 23.984, decidiendo el juez de sentencia que pasara nuevamente al juzgado de instrucción para la clausura y elevación a juicio. El juez de instrucción no aceptó la remisión, al entender que era el juez de sentencia quien debía proceder a la elevación.

La sala especial consideró cumplidos los requisitos del requerimiento fiscal de elevación a juicio *con la acusación formulada por el fiscal de acuerdo con el procedimiento derogado*.

En nuestra opinión la resolución no es acertada por cuanto se forzó al dictamen de acusación a actuar como requerimiento de elevación, y obligó a un juez del régimen derogado a dar el traslado de mérito a la defensa con el régimen nuevo, y además de ello proveer un auto de elevación al tribunal de juicio, por un juzgado que para ello no existe legalmente.

Por esa razón resulta oportuno el temperamento resaltado en la Cám. Crim. Capital Federal, sala I (int.), Inst. 3, Sec. 110, 17/9/1992, "Gibertoni, Atilio", causa 41.740. Voto de los Dres. Ouviña y Tozzini), en cuanto dijo: "No corresponde interpretar que por falta de disposición expresa de la ley de implementación 24.121, las causas en trámite ante los juzgados de instrucción pasan automáticamente a regirse por el nuevo procedimiento establecido por la ley 23.984, ya que una interpretación integral y sistemática de la mencionada ley de implementación..., puede afirmarse que el art. 24 se refiere implícita y categóricamente a expedientes en trámite instructorio, por lo que debe confirmarse la resolución del juez de instrucción en cuanto comunicó a las partes su derecho de opción por el nuevo sistema de enjuiciamiento".

Atento que el que opta es el procesado, la Cám. Crim. Capital, sala IV (int.) (Inst. 1ª, Sec. 102), 20/10/1992, "Antúnez, Alejandro F.", causa 42.449. Voto de los Dres. Escobar, Campos y Valdovinos, ante el silencio del procesado, dijo: "Corresponde aplicar la normativa vigente al tiempo del hecho, habida cuenta de que la opción por la nueva legislación no puede ser ejercida por parte del fiscal".

Y en orden a la validez de los actos procesales anteriores al nuevo ordenamiento, la Cám. Crim. Capital, sala VI (int.) (Inst. 16, Sec. 149), 29/9/1992, "Haasanie, Emilio", causa 6. Voto de los Dres. Argibay, Elbert, Camiña, ratificó en función del mandato legal que: "La opción realizada para la aplicación de la ley 23.984 implica obviamente que los actos cumplidos de acuerdo con la legislación entonces vigente mantienen su vigencia y eficacia".

c) Efectos personales

Por imperio del art. 16, CN, todos los habitantes de la Nación siendo iguales ante la ley, lo son también ante la ley procesal penal, ante los tribunales naturales y los procesos regulados.

Pero esa garantía se adecua a cada caso, según la igualdad de condiciones, por lo que, recogiendo la realidad y con finalidad pedagógica, el proceso común se especializa por normas que se suman a las comunes, para el caso de los menores de cierta edad imputados de delitos. Con objetivo tutelar se les excepciona de la detención y prisión preventiva y se suspende a su respecto por un año, tras la declaración de responsabilidad, el dictado de su sentencia, que por el perdón, puede ser absolutoria.

Pero con esa variante, los menores imputables autores de delito, al igual que los mayores, son sometibles al proceso penal.

Hay también otras previsiones que sin exceptuar la aplicación del art. 16, CN, demoran el sometimiento de algunas personas al proceso penal. La razón de ello es su carácter funcional.

Así, al presidente, al vicepresidente, al jefe del gabinete de ministros, a los ministros y a los miembros de la Corte Suprema, a fin de preservar su función institucional, se les concede el privilegio de no entrar directamente al proceso penal, como ocurre respecto de los demás habitantes, sino que en las causas de responsabilidad por delito en el ejercicio de sus funciones, o por crímenes comunes, previamente deben ser sometidos al juicio político que resuelve el Senado, actuando como tribunal, a instancia acusatoria cumplida por Diputados. La finalidad de este juicio es, si prospera, dictar un fallo cuyo objeto es el de destituir al acusado, quitándole así el privilegio que lo amparaba, momento desde el cual queda sometido lisa y llanamente al proceso penal en la misma forma que cualquier otra persona.

Éste es el régimen que actualmente establece la Constitución Nacional, en sus arts. 53, 59 y 60, en lo que hace al Poder Judicial de la Nación, únicamente para los jueces de la Corte Suprema.

En lo que respecta a las magistraturas nacionales inferiores la misma Ley Suprema, en su art. 114, ha modificado el régimen instituyendo el Consejo de la Magistratura que, como órgano de super control, se encarga de todo lo referente al nombramiento, disciplina y remoción de sus cargos. Es esa misma nueva institución la que se integra con un órgano —tribunal de enjuiciamiento— que es el que tramita el juicio de la destitución, como lo hace sobre el punto el Senado respecto de los jueces de la Corte Suprema. Tras la destitución, desaparecido el privilegio, el ex juez queda ante el proceso penal en situación de plena igualdad con el resto de los habitantes de la Nación.

La total vigencia y aplicación del nuevo régimen constitucional demandó como recaudo previo la sanción de una ley especial que integra y regula el citado Consejo de la Magistratura.

Se agrega a lo anterior la situación de los legisladores, los que abierto el proceso, no podrán ser procesados sin que anteriormente, con vista de las constancias procesales, la cámara respectiva les suspenda los fueros parlamentarios.

Esta situación está prevista en el art. 70, CN y por cierto abre la posibilidad de que salvado el obstáculo del fuero, el legislador suspendido se encuentre en plenitud frente al proceso penal, al igual que cualquier otro ciudadano. Pero hay un caso en el que nunca va a ser igual y se sustrae a esa igualdad, porque el privilegio funcional lo va a proteger siempre, durante la duración del mandato y, después de él, toda la vida. Se trata del previsto por el art. 68, Ley Fundamental, en cuanto manda que "ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador". La función, el debate legislativo, en aras de lo mejor, es superior al posible agravio individual.

La ley procesal penal nacional prevé en sus arts. 189/191 estos "obstáculos fundados en privilegio constitucional" y bajo las formas de desafuero y antejuicio instituye el procedimiento a seguir en su caso para la remoción de ellos. Lo mismo ocurre con los miembros de las representaciones diplomáticas extranjeras, hasta que el Estado representado acepte la intervención de la justicia del lugar del hecho. En caso negativo ésta no interviene.

Ya en consideración a los particulares, en los delitos contra la honestidad (violación, estupro, abuso deshonesto y rapto), sólo se abre el juicio si la víctima o su representante legal insta la acción.

Cumplidos en estos casos los recaudos previos, su sometimiento al proceso es igual al de todos los habitantes.

CAPÍTULO II

PROCESO PENAL

SUMARIO: I. Concepto de proceso penal.— II. Regulación de los actos procesales.— III. Tiempo procesal.— IV. Fines.— V. Intereses tutelados.— VI. Aspectos interno y externo del proceso.— VII. Presupuestos.— VIII. Sujetos procesales: 1. El juez; 2. Las partes: a) Ministerio Público Fiscal; b) Querellante; c) Actor civil; d) Asesor de menores; e) Imputado; f) Civilmente demandado; g) Defensor del imputado; h) Apoderado o patrocinante de la querella y/o del actor civil.— IX. Proyecto de ley de reforma.

I. CONCEPTO DE PROCESO PENAL

Es el modo legalmente regulado de realización de la administración de justicia, que se compone de actos que se caracterizan por su tendencia hacia la sentencia y a su ejecución definitiva, como concreción de la finalidad perseguida que es la de realizar el derecho penal material.

En síntesis, mediante el proceso, se *conoce* la *verdad* real sobre la existencia del hecho-delito, y se lo *juzga*, haciendo *justicia*.

Desde antiguo estos pasos estaban manifestados en la mitología griega, en la que la diosa de la *iusticia* era Themis, la diosa del *juicio* su hija Dike y la del *conocimiento*, su otra hija la diosa de la *verdad*.

Estos actos que componen el proceso se suceden entre el momento en que se pide la actuación de la ley sustancial y el momento en que esa actuación se verifica; esto es, entre la noticia del delito (la promoción de la acción) y la sentencia. Por ello es que esos actos sucesivos marchan sin retorno, *proceden* hacia el momento final.

Esa continuidad de actos y su destino quedan resaltados claramente en la letra misma de la ley procesal nacional en cuanto cita los tres hitos: *iniciar, proseguir, terminar*. Etapas que se cumplen por actos de los órganos de persecución del Estado, del acusado y del tribunal; los primeros con la pretensión de que, sobre hechos legalmente probados, se dicte una sentencia condenatoria; en tanto que los segundos aspirarán a una sentencia absolutoria, o en su caso, lo más leve posible. Y es el tribunal el que, con la plena

valoración de la prueba en orden a la acreditación de la real existencia del hecho y su responsable, en el momento cumbre de la sentencia subsumirá ese hecho y su responsable en la ley penal sustancial y concluyendo en las calificaciones que procedan, condenará o, en su caso, absolverá. Esto último es la sentencia y, en ella, la real actuación del derecho penal material.

Entre un extremo y otro de los señalados, cada una de las partes, en la sucesión de actos procesales, examina sus probabilidades con relación a la sentencia final en la aspiración de que le sea favorable, por lo que van articulando lo que estiman le será más conveniente a tal fin. Paso a paso se van generando "situaciones" que en constante dinamismo van cambiando y armando una cadena de "expectativas" que por sí constituyen sólo puntos de transición que carecen de significación independiente. Esa cadena de "situaciones", se corta con la sentencia firme que es la que origina la situación definitiva.

Por todo ello es que puede concluirse que, en ese conjunto, los actos jurídicamente disciplinados, con prescindencia de su mera materialidad, se encuentran estrechamente vinculados por un nexo lógico que los unifica y conduce hacia el acto singular final que es la sentencia, todo dentro de una estricta regulación procesal.

Tales actos procesales integrativos de la dinámica misma del proceso en su avance hacia la reconstrucción del hecho humano dañoso y la consecuente responsabilidad de su o sus artífices, que integran su materia, tema u objeto de trabajo, han sido diferenciados en clases, subclases y relevancias por la doctrina y jurisprudencia.

Así es como al lado de la omnicomprensiva categoría de "actos de procedimiento", se alinea la de "actos de impulsión" o la de "actos de trámite". Todas las cuales tienen el mismo valor positivo, en nuestra opinión, en cuanto destacan "movimiento progresivo" en lo que, paso a paso, hace al avance (progresar), proceder hacia el final (sentencia), eliminando el estancamiento. Situación esta última que no alcanza a ser aventada por la fórmula simple de "causa abierta" que puede estarlo, pero paralizada.

Dentro de esos actos procesales "vivos" (en movimiento) que montan la impulsión del proceso, se han distinguido como los de "mera investigación" a aquellos que en etapa primigenia, trabajando sobre la mera hipótesis que encierra la denuncia o la prevención, aspiran a juntar material para conocer el hecho y sus circunstancias y determinar sus responsables (arts. 216/238; 184/186, en función del art. 193, incs. 1° y 2°). Frente a estos actos se erigen, según esa distinción, los de "persecución" que se dan cuando la determinación de los responsables, desde la sospecha motivada en adelante, se ha logrado (art. 294). Para sindicar este tipo de actos se usa la vieja

fórmula de nuestra ley penal de 1887: "actos directos de procedimiento en contra del delincuente ya individualizado y determinado" [1], cuyo punto de partida se centra en forma indiscutida en el llamado a prestar declaración indagatoria (tanto en el viejo Código —art. 236, 1ª parte—, como en el nuevo —art. 294—, todo en función del art. 193, incs. 3° y 4°).

Este acto de persecución que luego se continúa con el auto de procesamiento (art. 306), elevación a juicio (arts. 351, 353), citación a juicio (art. 354), audiencia (arts. 359, 374/393, 397), ha gozado de tanto favor de la jurisprudencia que se sostuvo que con él comienza el verdadero proceso [2]. Esta afirmación doctrinaria pasó por encima de la letra expresa de la ley procesal (vieja: art. 179 y nueva: arts. 174 y 183) que indica como forma de inicio del proceso (en su etapa sumarial) a la denuncia y a la prevención como actos procesales. Y mucho más, arrasó con la ley formal en cuanto confiere al auto de procesamiento o a la orden de captura la virtualidad, no legislada, de iniciar el juicio criminal.

Todo lo que antecede, tanto en doctrina [3] como en jurisprudencia [4], se consideró con ocasión de la introducción en la letra de nuestro Código Penal (art. 67, ap. 3) de la previsión "secuela del juicio" como causa interruptiva de la prescripción de la acción penal [5].

Gran sector de los intérpretes doctrinarios y judiciales están contestes en que "secuela" es trámite —todo el trámite—. Y que "juicio" es proceso (todo el proceso, incluidas sus dos etapas: instrucción y juicio).

La expresión "juicio" es legalmente polivalente porque si bien como segunda etapa del proceso nomina y regula el "juicio común" (arts. 354/404), en los llamados "juicios especiales" (arts. 405/430) no se refiere a esa etapa solamente, sino que expresamente incluye las reglas de *todo el proceso* (ver especialmente arts. 410/412).

[1] Ver ARGIBAY MOLINA, José F. y otros, *Derecho penal*, t. II, ps. 430/431.

[2] Ver Trib. Plenario Cám. Crim. Capital Federal, 16/9/1960, "Kelly, Santiago", causa 7789. Voto del Dr. Millán.

[3] BLASCO DE FERNÁNDEZ MOREDA, F., "En torno del concepto de 'secuela de juicio', como causa interruptiva de la prescripción de la acción penal", LL, 87-19; NÚÑEZ, Ricardo C., "Interrupción de la prescripción por la secuela del juicio", LL, 63-560; y "Actos procesales... proseguir el juicio", *Derecho procesal*, 1950, 2ª parte, p. 88; SOLER, S., *Tratado...*, t. II, 1963, ps. 457/60; BARTOLINI FERRO, R., "Secuela del juicio –juicio abierto–", LL, 62-988; GÓMEZ, Eusebio, "Causa en movimiento", *Derecho procesal*, 1950, 2ª parte, p. 88; VERA BARROS, Oscar N., *La prescripción penal en el Código Penal*, ps. 132/143.

[4] Ver Tribunales Plenarios de la Cám. Crim. Capital Federal, 16/9/1960, "Kelly, Santiago", nro. 7789, ya citado y 11/8/1992, "Czernicer, Sergio A.", nro. 162, LL, 21/9/1992. Ambos coincidentes y con similares argumentos tanto de mayoría como de minoría.

[5] Ley 13.569.

Lo que antecede se ha destacado por cuanto se lo cree útil, sobre todo para eliminar discusiones interminables y estériles frente a una fórmula legal que como la de "secuela del juicio" (art. 67, ap. 3, CPen. —ley 13.569—) ha sido aceptada —pese a sus vicios— como significando: procedimiento-trámite-avance y que nadie, frente a nuestras fórmulas y textos completos sistemáticamente insertos en nuestras leyes, puede sostener en forma absoluta que no comprende todo el proceso en sus fases instructoria y plenaria o juicio.

Cuando la ley quiere ser restrictiva —referirse a sólo algunos actos— pues, lo hace. Tiene para ello fórmulas precisas: "actos directos", "actos de persecución". Pero cuando no lo hace, la conclusión no puede ser otra que la de que se incluye a todos los actos. Ésa es la ley.

II. Regulación de los actos procesales

La ley procesal rodea de formas a todos los actos procesales que prevé y que, por cierto, no son sino todos los que integran el proceso y que han sido señalados precedentemente agrupados en torno a los de mera investigación, los de persecución y resolución.

Dichas formas se dan en cada uno de ellos ajustadas a su concreta finalidad, su ligazón con otros que los complementan o deciden, pero para todos, en la parte general del Código se prevén recaudos que son esenciales para todos y cuya omisión puede conllevar la nulidad (ver Cap. XXII).

En efecto, bajo esa posible grave sanción vemos desfilar las exigencias de: 1) el uso del idioma nacional; 2) la fecha en que se produce; 3) su actuación en día y hora hábil, salvo para los de instrucción (arts. 114/116); 4) la intervención de la fuerza pública para asegurar su realización; 5) indicación concreta de la intervención del secretario del tribunal para dar fe de cumplimiento y regularidad del acto, aparte de todas las que correspondan a los demás (arts. 120 y 121); 6) todo lo que se realice como diligencia investigativa, producción de prueba, constancia de secuestros, declaraciones persecutorias, etc., debe ser recogido en actas, las que se encuentran pautadas en sus requisitos generales referidos a personas intervinientes, autenticidad, indicación concreta de la diligencia cumplida y hasta la firma incluso de una persona de confianza del que no puede hacerlo por ser ciego (arts. 130/141).

Y no es ajena a esta previsión general la regulación de las resoluciones (decretos, autos y sentencias), tanto en lo que hace a su fundamentación, las firmas que deben llevar, el tiempo en que deben ser dictadas y la queja por

el retardo en ello (arts. 122/127), como también cómo se las puede corregir y su término (art. 126), momento en que ellas quedan firmes y producen su efecto (art. 128) y qué se debe hacer cuando una de ellas se pierde o destruye (arts. 129/131).

Pero, además, como es necesario que esos actos, ya sea para producirse o ya por producidos, sean conocidos en el proceso por las personas que en él intervienen tanto sujetos (partes) como terceros que a él concurren para aportar prueba (testigos, peritos, informes, aportación de documentos, allanamientos, secuestros, etc.), generando a partir de ellos derechos, facultades, cargas u obligaciones, se instituyen como medios de comunicación una serie de otros actos procesales que se agrupan en torno al título "notificaciones, citaciones y vistas", cubriendo todas sus clases, formas, requisitos concretos y efectos (arts. 142/160).

III. Tiempo procesal

El proceso penal, como cualquier otro, ocupa un espacio en el curso del tiempo. La sucesión de actos que él implica, encadenados los unos con los otros, cubre una sumatoria total que hace a la duración que se asigna para todo el proceso, indicando también la del sumario.

Este tiempo total de duración del proceso se enlaza y funda con la demanda de terminación razonable de éste, conforme con los graves intereses que el juicio penal compromete. La ley suele imponerlo, como ocurría con el Código Procesal Penal nacional de 1889, que fijaba para todo el proceso dos años y para el sumario seis meses (como segunda reforma por cuanto al inicio eran sólo treinta días). El actual sólo fija cuatro meses y prórroga de dos, para el sumario, pero guarda silencio para la totalidad del proceso.

Pero todo ello hace a la duración del proceso y es integral.

Distinto es el caso que presenta la parcelación del tiempo en grados de mayor o menor duración, que se impone a cada uno de los sujetos del proceso (juez-partes) para que en la medida de ellos produzcan los actos que la ley pone a su cargo.

Estos tramos temporales se designan tradicionalmente con la palabra "término" [6]. Si bien podríamos en minucia distinguirlos, lo cierto es que se pone a la par de ella la de "plazo", y se las usa indistintamente. Así pasa en

[6] Sobre términos procesales: CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Tratado de derecho procesal penal*, t. 4, p. 128, nro. 957; MANZINI, Vincenzo, *Tratado de derecho procesal penal*, t. III, p. 80-b.

nuestro Código actual, el que bajo el rótulo "términos" los nomina en su regulación (arts. 161/165), como tales. Lo repite en los arts. 126, 158, 354, 359, 406, 450, 463. Los llama "plazo" en los arts. 101, 102, 400... En otros lugares, lisa y llanamente elimina esa nomenclatura y dice: "...dentro de los... días de notificado" (ej. art. 447, etc.).

Esos lapsos son, en realidad, compartimentos estancos para actuar que se consustancian con la necesidad de ir siempre avanzando el proceso hacia su meta final que es la sentencia. Esos segmentos temporales se enlazan con el *impulso* que, tras *precluir* el tiempo agotado (en silencio, por no hacer nada, o actuando), término tras término, marcan el compás de avance, dando oportunidad a los *sujetos procesales* a ejercer sus facultades, derechos o deberes.

Todos ellos tienen un inicio, un punto de partida para su cómputo. Ese punto en los términos para la operatividad de las partes está dado por el momento procesal en que ellas toman conocimiento oficial —se notifican— del proveído que les demanda actuar (concurrir a una audiencia, contestar una vista o traslado, interponer un recurso, etc.) y corre y se agota con el transcurso del tiempo acordado, medido conforme las reglas respectivas de la ley civil, incluido su alargamiento llamado *prórroga*, en el supuesto en que él esté previsto.

En cambio los que hacen a la actividad jurisdiccional obedecen al momento en que el proceso entra en etapa de resolución, cualquiera que ella sea (ya decreto, ya auto, o ya sentencia) y la ley impone, a partir de ese momento el lapso en que el juez debe pronunciarse. En nuestro Código actual: inmediatamente en el día del despacho cuando la causa esté a su disposición "sean puestos a despacho"; cinco días para dictar los autos; cinco días para fundar la sentencia; veinte para fundar la casación, etc., contados desde el momento preciso que en cada caso señala la ley (arts. 125, 400, 469).

Los términos, como lapsos para actuar en el proceso, se dividen en dos clases según sea el efecto que produce su agotamiento sin que el sujeto que debía actuar lo hubiese hecho; es decir, venció el plazo en inactividad.

1) *Perentorios*: Son aquellos que por su propia naturaleza y nominados como tales por la ley ("los términos son perentorios...", art. 163, CPP), llevan ínsita en su esencia misma la caducidad de pleno derecho, por el mero agotamiento temporal, del derecho o facultad dejado de usar.

Cuando la ley dice expresamente "perentorios" no tiene necesidad de agregar nada más. Sólo, y así lo hace, cuando pueda darse una excepción particular, agrega: "...salvo las excepciones dispuestas por la ley".

Pero puede la ley recurrir al sistema de no calificar expresamente el tipo de término, no darle el nombre específico, sino distinguirlo por su efec-

to, señalando el lapso y agregando expresamente que el acto cumplido fuera de término es inadmisible, o que queda subsanada la nulidad excepcionada fuera de término, o que el acto deja de tener efecto. Ejemplo de tal agregado de caducidad es el caso del actor civil que debe demandar en el lapso de tres días de notificado (art. 93) y si no lo hace pierde el derecho y se lo tiene por desistido de su acción (art. 94).

Es por ello que estos términos se distinguen como fatales: fatalidad de la ley (*fatalia legis*) o finales. Su sello distintivo es la *caducidad.*

Debemos resaltar que en esta fatalidad nada influye que el lapso acordado por la ley tenga prevista por ella misma una prórroga expresa, por cuanto el efecto se da lo mismo: caduca el derecho por agotado el lapso, ya simple o con más su prórroga.

2) *Ordenatorios*: son aquellos que se imponen para marcar sólo el compás de desarrollo del juicio, pero que no llevan como sanción la imposibilidad futura de producir el acto. Son en realidad un antídoto contra la negligencia o mala intención de las partes privadas y de sus defensores; o la de los oficiales públicos, incluso los jueces que intervienen en los procesos.

En lo que hace específicamente a los jueces, la inobservancia por su parte de los plazos ordenatorios produce responsabilidad penal o disciplinaria, con sanciones específicas o genéricas, pero no sanciones de nulidad o de decadencia. No puede desaparecer un proceso penal, necesario y obligatorio constitucionalmente, porque el juez no trabaje. No puede producirse tal efecto porque el fiscal no acuse o la defensa no actúe.

Todos ellos deben convencerse de que el proceso mismo no es propiedad privada; que no conceden una gracia con su actividad; que el tiempo total y parcial del proceso no es de ellos. El tiempo es de todos los administrados y la justicia oportuna también. La demora es un agravio del Estado contra aquéllos. No es administrar y afianzar la justicia.

El Código Procesal Penal de la Nación, en su art. 127, dice: "*Vencido el término en que deba dictarse una resolución, el interesado podrá pedir pronto despacho y, si dentro de tres (3) días no lo obtuviere, podrá denunciar el retardo al tribunal que ejerza la superintendencia, el que, previo informe del denunciado, proveerá en seguida lo que corresponda...*".

Y esa sanción que corresponda es la que debiendo estar prevista en su regulación por la Ley Orgánica de Tribunales (24.050), se llegare a instituir por vía legal. Actualmente no existe porque se han derogado todas las normas que pudieron haberla impuesto. Sólo el juicio político por mal desempeño previsto en la Constitución Nacional.

El tribunal atrasado no tiene sanción. El juicio político no llega. Y la queja del art. 127 citado tiene una vía nefasta para ser neutralizada: se dicta

la resolución tardía, en el ínterin del trámite informativo y como todo se regulariza, el tribunal superior declara abstracta la cuestión y... no pasa nada.

Algún día se comprenderá que los órganos de justicia prestan una función y no un favor a los administrados.

Nuestro Código Procesal Penal de la Nación no ha solucionado nada, sino que ha agravado el problema cuando en su art. 163 califica a todos los términos como perentorios, por cuanto por su propia esencia, en todos caduca el derecho cuando no se usa. Sin distinción, caen también las facultades de los jueces.

Tiene hoy la Casación la obligación de interpretar semejante *definición legal* y en aras de la prosecución del proceso ante el juez remiso, distinguir el galimatías de la perentoriedad irrestricta.

IV. Fines

a) El fin institucionalmente propuesto para el proceso penal es el de la realización del derecho penal material. La satisfacción del tipo penal de que se trate en el caso concreto genera una relación jurídica sustancial que funda una pretensión punitiva que se lleva al proceso por medio de la acción penal.

El proceso brinda así la posibilidad jurídica de que la pretensión punitiva se transforme en derecho subjetivo del Estado en cuanto por la sentencia se declare el derecho de éste de someter al condenado al cumplimiento de la pena.

Es conveniente aclarar en este estadio que la finalidad del proceso es que, actuando la ley penal de fondo, la sentencia condene. Ello, por cierto, siempre que se dé por acreditado el hecho y la consecuente responsabilidad del sujeto enrostrado. Pero desde luego, que cuando ello no ocurra, la sentencia será absolutoria, la ley penal no actuará y se habrá liberado a un inocente. Mas esto no implica que el proceso tenga por fin impuesto el de proteger al inocente.

Por esa razón es que la transformación de la pretensión punitiva en derecho subjetivo de castigar, supone la previa comprobación del *fundamento de hecho* que contenga la primera. Tal acreditación se abre en la de la existencia del hecho en sí, en la que sea delito, en la determinación de sus responsables y la reunión de todos los elementos de juicio que permitan su calificación legal. Ello está concretamente indicado por el art. 193, CPPN.

Por concretada la materia fáctica, el paso siguiente es el de establecer la legitimidad de la pretensión, lo cual demanda una actividad lógico-jurídica del juez por la que, comparado el hecho con el descripto por la ley ma-

terial, concluirá sobre la actuación o no de ésta respecto de la procedencia de la pena imponible al caso concreto. Las oportunidades de esa elaboración lógica en el contexto general del proceso son tres. Primigéniamente, en el límite mismo del inicio del proceso cuando el juez advierte con toda claridad emergente del acto inicial mismo que el hecho denunciado no es delito: entonces sanea el procedimiento y desestima (art. 195, CPP). Con posterioridad, pero durante el transcurso de la investigación, concluye que no cuenta con más posibilidades de investigación no habiendo elemento de juicio como para creer en la posible existencia del delito, o por el contrario con acopio de probanzas que acrediten que él existe no hay responsabilidad a su respecto. Sobre ello, sobresee.

Estas formas son las que se rotulan como anormales de terminar el proceso, pero con referencia a la imposibilidad de actuación del derecho penal material.

La forma normal de terminar el proceso, con pleno desarrollo de la actividad lógico-jurídica de subsunción, detalladamente pautada en la ley, es la de la sentencia (arts. 398, 399, *idem*).

Toda esta actividad acreditativa del hecho, su responsable y su subsunción en la ley de fondo para concluir declarando su actuación en el caso concreto, se completa con otra finalidad del proceso penal que es la de tornar posible fácticamente el cumplimiento de la pena que se imponga, eliminada la eventualidad de que por fuga o por insolventación el condenado torne en inocuo todo pronunciamiento condenatorio. Así es cómo y para qué se regulan las denominadas medidas cautelares: a) las *físicas* o *personales* que, como la detención y la prisión preventiva, privan de libertad provisionalmente y para el proceso, al procesado; b) las económicas concretables sobre los bienes del procesado o del responsable civil, que son embargos de procesados o de terceros.

La expuesta es la finalidad específica del proceso penal en cuanto el mismo es inevitable, en términos de necesidad y obligatoriedad. Ello así porque de acuerdo con la exigencia constitucional de que nadie puede ser condenado sin juicio previo, toda actuación punitiva demanda como condición esencial la de ser realizada por un proceso, cuya finalidad es precisamente ésa. Y ésta es concretamente, también, la razón por la que en los delitos de acción pública el Estado tiene la obligación de promoverlo, impulsarlo y terminarlo.

b) Desde el momento en que en 1921 nuestro Código Penal, sustituyendo al de 1887, introdujo en su art. 29 la posibilidad de que la sentencia condenatoria en proceso penal pudiera resolver, también, sobre la restitución de las cosas a su estado anterior, o la indemnización del daño moral y

material causado por el delito, quedó modificado el antiguo régimen sustancial regulado por el art. 1096, CCiv. por el que se separaba el ejercicio de la acción civil por daños y perjuicios y la atribuía a la competencia civil.

Por imperio de ese régimen anterior y por ser impuesto por una ley nacional, todas las disposiciones del Código de Procedimientos en lo Penal de la Nación que preveían la posibilidad de ejercicio de acción civil reparatoria del daño causado por el delito, por ser de menor rango que aquélla en su carácter de ley local, no fueron aplicables.

Pero cuando ocurrió la reforma de 1921 comentada precedentemente, al ser derogada por la ley nacional posterior (CPen.) la disposición del art. 1096, CCiv., se abre la competencia penal para la ejercitación dentro del proceso penal de la acción civil. Ante ello las normas formales del viejo Código de Procedimientos cobraron validez y fueron aplicables en todas sus previsiones.

En virtud de ello es que se dictó el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal del 7 de septiembre de 1923, en la causa "Merlo v. Parodi Demarchi" (*Fallos* CCC, t. 3°, p. 236, nro. 901. Acción civil, reparación de perjuicios ocasionados por el delito. Competencia, art. 29, CPen.), en el que estableció que: "La indemnización civil para reparar el perjuicio causado por el delito, puede ser ejercitada ante el juez del fuero criminal y correccional y al mismo tiempo o juntamente con la acción penal".

De esta suerte es que en la actualidad jurídica nacional, al lado de la *finalidad esencial*, necesaria y obligatoria del proceso penal como medio para alcanzar la actuación de la ley penal sustancial, puede existir, *como finalidad posible*, otra más: la de posibilitar la realización del derecho civil sustancial.

Esta finalidad civil posible se presenta como: 1) *accesoria* toda vez que se subordina en su viabilidad, no sólo a la promoción de la acción penal, sino que la acompaña en el curso del proceso, y al arribar a la sentencia será materia de pronunciamiento en tanto y en cuanto la finalidad principal, que es la actuación del derecho penal, se produzca y concluya en condena. La pretensión resarcitoria no se sustenta por sí sola sin la pretensión punitiva. Pero si la sentencia penal fuera absolutoria, esa dependencia termina y la acción civil se libera y siendo, ahora, autónoma, el juez debe dictar sentencia civil expresa sobre ella (art. 16, ap. 2, CPP); 2) *limitativa* por cuanto reduce su alcance al daño causado por el hecho en cuanto sea delito en relación directa, y todo otro daño que no tenga esa causación escapa a esta posibilidad en este proceso penal (por ejemplo: en el delito de lesiones, por imprudencia —art. 94, CPen.— por choque automotor, se responderá civil-

mente por el daño causado al sujeto pasivo en su persona, pero no en lo que hace al daño causado a su vehículo por cuanto el daño culposo no existe como delito previsto en nuestra ley penal) [7].

Pero el carácter más sobresaliente es: 3) el de su *eventualidad*, toda vez que ella está subordinada a la voluntad del damnificado, el que como tal, además de accionar penalmente, accione también, dentro de ese proceso, civilmente por el daño causado. En contraposición a la necesidad y obligatoriedad del proceso penal, la que tratamos en este punto, es simplemente facultativa del damnificado. El juez sólo puede fijar indemnización cuando media requerimiento de parte.

Por supuesto que, por promovida la acción de este tipo, ella aspira a la actuación del derecho civil material sobre hechos probados y relación causal de ellos con el accionar del acusado, todo lo cual implica el cumplimiento de actividad adquisitivo-probatoria que coincide en gran parte con la que es obligatoria para el hecho como delito y que constituye el aspecto principal. Esto hace al fundamento de hecho de esta finalidad.

Cumplida esta etapa se enfrenta la situación fáctica probada, con el derecho de fondo cuya actuación se pretende y se concluye acerca de la legitimidad de la pretensión.

Si triunfa, por medio de la sentencia, se satisface la posibilidad jurídica y se transforma la pretensión privada resarcitoria en derecho subjetivo del damnificado, o sea, la declaración del derecho de éste a ejecutar su crédito.

A los efectos de evitar la inocuidad de la sentencia, en su momento, es que el Código Procesal prevé medidas de cautela real —económica— ya con el embargo del procesado, ya con el embargo del tercero civil responsable.

V. INTERESES TUTELADOS

Existe una tan estrecha vinculación entre las garantías constitucionales individuales y sociales y el proceso penal, como instrumento necesario e inevitable de realización del derecho penal en el cumplimiento de la obligación de administrar justicia, que la ley formal debe guardar en todo mo-

[7] Posición restrictiva seguida por MAZEAUD, H. - L., *Tratado*, t. III, p. 90, citado por VÉLEZ MARICONDE, *La acción resarcitoria*, p. 93. Más benigna es la de Vélez Mariconde, cit., que permite, cuando se trata de la misma persona víctima del daño penal y el civil, ejercer en sede penal las dos acciones. Posición permisiva amplia: NÚÑEZ, R. C., *Semanario jurídico*, Córdoba, 2/6/1980, en cuanto toma al hecho, como acontecimiento material, como fuente común de daño. Todo conforme estudio de RÍOS, Ramón Teodoro, "Reflexiones sobre la acción civil en el proceso penal", *Zeus*, t. 28, julio-septiembre 1982.

mento un cuidado equilibrio de los intereses de la comunidad fincados en su seguridad, con el interés del individuo resumido en su *libertad*.

La labor del legislador es, en esta materia, muy delicada porque en su custodia, no puede en la norma formal dar preponderancia ni a uno ni a otro de los citados intereses.

Si se vuelca proteccionistamente por los sociales dictará una ley opresiva de los individuos; si lo hace por lo contrario, dejará desamparada a la sociedad. El cuidado que debe tener cuando tiene que equilibrar, tanto unos como otros, es el de rodear a cada acto de todos los recaudos posibles de modo que si hubiera lesión, sea razonablemente la menor y estrictamente indispensable.

Un ejemplo acabado de ese temperamento lo ofrece el acto indagatorio a que se debe someter al procesado, en el que la restricción de libertad que él mismo —por sí y su esencia— implica, se compensa con la reserva de voluntariedad de su prestación, custodia de regularidad total del acto en orden a comprensión y libre expresión llevados hasta el más mínimo detalle.

Pero el distintivo que ofrece el proceso penal, además de su necesariedad y obligatoriedad, en oposición a la voluntariedad y eventualidad propias del civil, es el de que todos sus institutos giran en torno a ese equilibrio de garantías (la de *seguridad* para la sociedad; la de *libertad*, para el individuo), a tal punto que, en mayor o menor medida, aparece casi siempre el orden público detrás de cada uno de ellos. Ello en tal grado que, en síntesis y en función de los intereses tutelados, el proceso penal es la Constitución Nacional misma regulada en la satisfacción de la función jurisdiccional penal que ella instituye.

VI. ASPECTOS INTERNO Y EXTERNO DEL PROCESO

El considerado hasta ahora es el aspecto externo del proceso, tal como él se presenta objetivamente como conjunto de actos, todos enlazados entre sí por un nexo lógico que los dirige a la sentencia como meta a alcanzar y, con ella, a la actuación del derecho material penal.

En el afán de penetrar la esencia misma de esa presentación y llegar a determinar su naturaleza jurídica, tomando al expuesto como continente, se sostiene que se encuentra en su interior, como contenido, una relación jurídica que se caracteriza como netamente formal, procesal.

Que esa relación jurídica procesal se tiende entre el juez y el primer sujeto diferente de él que apareciendo en el proceso formule peticiones que obliguen a aquél a pronunciarse. Este sujeto peticionante que hace nacer la

relación jurídico procesal, puede ser el acusador, o el acusado, respecto del juez o entre ambos y el juez, generando una relación bilateral o trilateral en su caso.

Esta teoría fue creada y desarrollada en el siglo pasado por Oscar Bulow para el proceso civil, pasando a tener, tras gran aceptación general, repercusión en el proceso penal. Pero también produjo grandes críticas y resistencias, en especial la de ser un desarrollo sobre la relación jurídico-sustancial cuyo reconocimiento se persigue en el proceso. Pero además de ello, quedó claro que en caso de que se aceptara tal relación jurídico-procesal ésta se presenta nítida en el proceso civil, toda vez que por interpuesta la demanda, por su traslado, surge la relación con la otra parte y, entre ambas, con el juez; ya se plantee como relación única dirigida a la sentencia, o como sucesión de relación para cada acto, que desemboca también en la sentencia.

Mas esa claridad no se da en el proceso penal cuya etapa instructoria está a cargo del juez y que, luego de la recepción de la *notitia criminis*, enriquece el conocimiento jurisdiccional con todos los elementos que se vayan aportando respecto de su objeto. En el incuestionable proceso que se está formando puede darse el caso de que no se contenga relación procesal alguna. Como pasa cuando el proceso se inicia por denuncia, prevención policial o de oficio y en el cual, de inicio, no hay un sujeto diferente del juez que con disponibilidad procesal, puede hacer nacer la relación.

Es innegable que existe proceso, pero no hay relación procesal, lo que está indicando que lo uno no implica lo otro; que son institutos diferentes. El proceso es actividad, no relación.

Diferente es cuando el proceso se inicia con constitución de querella y, mucho más aún, lo es por esa vía y por acción privada, por cuanto en ese caso —al igual que en el civil— la relación jurídico-procesal nace del inicio.

Lo mismo ocurre cuando el proceso —el juicio— se abre recién cuando el órgano separado del tribunal y creado para la investigación, colecta toda la prueba en forma tal que, siéndole suficiente para promover el juicio, ejercita la acción mediante la acusación.

De lo precedente resulta que una cosa es el proceso como conjunto de actos como lo hemos señalado, y otra muy distinta la relación jurídica que se pueda contener.

Esta última ofrece los siguientes caracteres: a) *es de derecho público* porque se regula relación de los sujetos partes, con un órgano del Estado en función jurisdiccional; b) *es de orden público* porque está relacionada con los principios constitucionales que regulan la administración de justicia como servicio en el sistema republicano; c) *compleja*, desde que se refiere

a los derechos y obligaciones de todos los sujetos procesales intervinientes y es, por esta razón, que algunos la describen como bilateral en cuanto la relación la admiten sólo entre acusado y acusador, en tanto que para otros es *triangular* porque, también, ambos se enlazan con el juez; d) *unitaria*, porque si bien ella da origen a relaciones entre las partes y el juez paso a paso, todas ellas tienen una finalidad única que es la de arribar a la sentencia, extremo por el cual esa relación se resume en una sola y única; y e) *autónoma*, toda vez que si bien está construida sobre un concepto material que, por sí hace a la definición de fondo que persigue el proceso mediante su actuación en la sentencia, lo cierto es que, instrumentalmente, esa relación jurídico-procesal deriva de las normas de carácter formal que determinan los derechos y obligaciones de las personas que intervienen en el proceso, desde su apertura hasta esa sentencia, para alcanzar a aquél, pero es independiente del mismo.

Esta teoría se extendió al campo del derecho procesal penal y, si bien aceptada de inicio, luego, tras fuertes críticas, fue reelaborada en una versión más realista.

En efecto, para amainar la cruda relación con el derecho de fondo y el trasplante al formal, se sostuvo por Kohler y Niesse, que se trataba sólo de una *situación jurídica* que se daba en el proceso por los actos de las partes frente al juez, que iban creando expectativas por la suerte de cada paso hacia la sentencia. Ello determinó que apartándose de su expresión jurídica, se las rotulara como una serie de *situaciones* producidas por los actos procesales de los sujetos del proceso, con la finalidad de mejorar la situación hacia la sentencia favorable, que van generando expectativas e incertidumbre que sólo terminan en la situación unitaria y final que es la sentencia.

Por ello es que Eb. Schmidt, sosteniendo esta última expresión, desecha por inútil la teoría de la relación jurídica procesal como forma de explicar la esencia del proceso.

VII. Presupuestos

La existencia del proceso desde su promoción misma hasta su desarrollo y arribo a la sentencia, depende de requisitos o condiciones esenciales que por ello se los rotula "presupuestos procesales".

No es pacífica la doctrina sobre el punto por cuanto se mezclan el concepto de proceso, con el de su contenido: la relación procesal. Pero partiendo del principio que, para nosotros, son conceptos no equivalentes; que puede existir proceso aun sin la inmediata constitución de la relación; y que

el proceso es actividad y no relación, consideraremos bajo ese rubro sólo los del proceso.

Y tales *presupuestos* del proceso son las condiciones indispensables para que éste exista y en él, válida y legalmente, se puedan dictar resoluciones.

Esos presupuestos del proceso son:

1) *Un objeto procesal* que no es sino la materia misma del proceso. Ella consiste en un hecho humano voluntario; esto es: una modificación del estado de cosas en el mundo exterior, causada por acción de un hombre, considerado desde el punto de vista del derecho penal sustancial y con aspiración punitiva. A su respecto se centra toda la actividad en el proceso tendiente a acreditar con carácter de verdad real sus extremos y, subsumiéndolos en el derecho de fondo, concluir en la sentencia, condenando o absolviendo.

2) *Un órgano jurisdiccional penal*, legítimamente constituido. A su cargo estará toda la actividad instructoria (en caso de ser judicial) y la de orden y pronunciamiento en el juicio-debate deliberación-sentencia.

Tales son los presupuestos del proceso; en él se tiende hacia la sentencia y ella, como todos los otros actos que le preceden, tiene sus condiciones esenciales de existencia válida, como por ejemplo: presupuesto del acto indagatorio es la sospecha fundada en motivos obrantes en el proceso a que se refiere el art. 294, Código Procesal; por su parte su recepción o la oportunidad para ello, es uno de los recaudos de procedencia del auto de procesamiento (art. 307). Por lo demás la acusación y la defensa, serán algunos de los de la sentencia. Se produce entre todos un encadenamiento que los va constituyendo en presupuesto —junto con los que específicamente se les van agregando— de los subsiguientes, respetando siempre el principio de congruencia.

La distinción entre presupuestos del proceso y los de cada acto procesal en particular, tiene suma importancia por cuanto la no reunión de los primeros, ya por insuficiencia del objeto o por deficiencia del órgano, determina la inexistencia de todo el proceso. En tanto que, la no reunión de los de cada acto, determina la inexistencia de dicho acto y la de los que con él se encadenan por vía de consecuencia procesal.

VIII. Sujetos procesales

En la actividad constante que implica el proceso, en el que paso a paso, de situación en situación, progresivamente se avanza irretornablemente hacia una meta final que es la sentencia, intervienen personas que, reguladas

por la ley formal, tienen a su cargo el cumplimiento de diferentes roles. Así, en torno a éstos, aquéllas se agrupan alrededor de la función de promover, impulsar y demandar penas, todo lo cual constituye la acusación. Frente a ella se nuclea el acusado y las personas que lo asisten. Todo llevado ante el órgano jurisdiccional que es el que decide.

De la manera expuesta, de la totalidad de personas intervinientes en el proceso se destacan los *sujetos procesales* que son: el juez, el acusador y el acusado. Ellos cumplen un papel primordial y esencial en el proceso penal. Sin ellos no hay proceso.

Al lado de éstos se reúnen sus auxiliares y asistentes que se constituyen en sujetos secundarios. Son, respecto del acusador —Ministerio Fiscal—, su secretario y personal; del querellante, su asistente letrado. Con relación al acusado, su letrado defensor. A su vez respecto del juez, sus secretarios y dotación de su personal y el adscripto como policía judicial, junto con todos los cuerpos periciales y auxiliares.

A cargo de esos tres polos procesales está la realización de actos procesales merced a los cuales el proceso nace, se prosigue, avanza y arriba a la sentencia.

Dentro del sector de la acusación y como complemento eventual y accesorio del mismo puede en el proceso penal aparecer el actor civil. Así, por el otro lado, en el del acusado, puede aparecer el responsable civil.

Resulta de suyo que de las personas presentadas, ninguna es ajena al proceso; ninguna es tercero a su respecto.

De su conjunto, los que ante el juez, tienen la facultad de pedir, ya imposición de pena, ya absolución, formular los cargos y los descargos, ofrecer y producir prueba de sus afirmaciones, todo en persecución de sus respectivas expectativas, hacia la sentencia final, de entre los sujetos se destacan aquellos que se caracterizan específicamente como partes: *acusadora-defensa*. Ante éstas se alza el otro: el juez, que conoce y juzga.

En el proceso hay intervención de más personas, inclusive. Pero ellas son terceros con relación al proceso. Concurren a él por exigencia del juez (de propia iniciativa o a petición de las partes), producen su aporte de conocimiento y se retiran; son —se repite— terceros. Tales los testigos, los peritos, los productores de informes, aportadores oficiales o privados de documentos.

1. El juez

Juez penal es el representante del Poder Judicial para el ejercicio de la función penal, esto es la potestad estatal de aplicar el derecho objetivo con

relación a casos concretos. Actúa en forma unipersonal o colegiada, en juzgados o en tribunales o cámaras. Se separa la instrucción del juzgamiento (juicio) en instancia única. O se lo hace todo junto ante el juez.

El juez —unipersonal o colegiado— tiene, como ya lo dijimos, la función de conocer los hechos y sus autores y, sobre las respectivas pruebas que a su respecto reúna en el proceso, cumplir los pasos lógicos y sucesivos: 1) concluir si el hecho existió y si de él es responsable el acusado. Éste —que se resume en: culpable-inocente—, es el que lo hace actuar como juez del hecho; y 2) si se decide por lo primero —culpable—, entrando en el segundo paso, aplica el derecho de fondo y dicta su sentencia condenando.

En tanto, si lo hiciere por la inocencia, no aplica el derecho penal sustancial y su sentencia será absolutoria. Este segundo paso lo constituye en juez del derecho.

Ambos ejercicios jurisdiccionales están juntos en los que se rotulan jueces técnicos.

Pero es el caso de que en otros sistemas, el juicio sobre los hechos se atribuye a personas privadas extraídas del común del pueblo para cada caso, jueces legos que se denominan jurados. Sobre su veredicto culpable-inocente, el juez de derecho —técnico— dicta su sentencia. Sin perjuicio de esta actividad interviene también en la dirección técnica del debate.

El de por jurados lo desarrollaremos en forma más amplia al tratar el tema de sistemas procesales.

2. Las partes

a) Ministerio Público Fiscal

Es un órgano jurídico procesal instituido para actuar en el proceso penal, como sujeto público acusador en calidad de titular de la actuación penal oficiosa por lo que está a su cargo siempre la promoción, impulso y ejercicio de la misma ante los órganos jurisdiccionales (art. 65).

Cualquiera que fuere el lugar legal de presentación de una denuncia, ella debe ser comunicada al fiscal y él será el que, según lo estime proceder, requerirá la instrucción o desestimación; si resultare lo contrario a su postulación, tiene el recurso de apelación (arts. 174, 180, 181, 186, 188).

De allí en más propone medidas investigatorias —incluso puede tener la investigación a su cargo—, peticiona, asiste a las audiencias, recurre, requiere elevación a juicio, ofrece prueba y controla su producción en el debate, amplía acusación, alega, acusa, recurre de la sentencia y hasta promueve ejecución de obligaciones extrapenales emergentes del proceso e interviene en el trámite penal de las penas y medidas de seguridad.

Para el cumplimiento de sus funciones el Ministerio Público Fiscal dispondrá de los poderes acordados al tribunal, en cuanto podrá requerir la intervención de la fuerza pública y disponer todas las medidas que considere necesarias para el seguro y regular cumplimiento de los actos que ordene (arts. 70, 120, 196, 212, 215).

Ante tan amplia función y tan extensa actuación, el Código Procesal divide la integración del Ministerio Fiscal en grados, según el órgano ante el cual se produzca la intervención del acusador público.

Y así, en lo que hace a la jerarquía más alta instituye el fiscal de cámara, el que deberá cumplir sus funciones ante las cámaras: de casación y de apelaciones, tanto en lo ordinario como en lo federal. Esa función puede distinguirse en la regulada para el proceso en todo lo que sea el trámite de los recursos de apelación y quejas, como las impuestas por la ley orgánica del Ministerio Fiscal en lo que hace a la conducción jerárquica del mismo (art. 66).

Por debajo de esta jerarquía y en lo que se refiere al proceso penal mismo, en su etapa de "juicio" —desde la diligencia preliminar, hasta la sentencia— se instituye a un fiscal específico: el fiscal del tribunal de juicio. Tiene las atribuciones específicas de contralor de regularidad procesal de toda esta etapa del procedimiento, como la realización de todos los actos propios de la acusación, prueba, alegato y recursos. Pero además tiene la facultad expresa de convocar al agente fiscal —el de la instrucción— autor del primer paso de la acusación —requerimiento de elevación— por el que la instrucción pasa al tribunal de juicio, para que lo ayude cuando el proceso es complejo, o le brinde toda la información que sea útil y colabore en el trámite acusatorio durante el "debate". Y agrega una previsión muy interesante como es la de que puede convocar al agente fiscal cuando estuviere en desacuerdo fundamental con el requerimiento fiscal, o le fuere imposible actuar, para que mantenga oralmente la acusación. Se suma a esa posibilidad la que tiene el fiscal de juicio para convocar al agente fiscal, en el caso de que este último hubiere sido el que condujo la investigación durante la instrucción (arts. 67 y 196).

Por último, se prevé la actuación del agente fiscal que es el que cumple su función ante el juez instructor criminal, o el instructor correccional, o el instructor de menores y pone a su cargo una muy amplia función como es la de, aparte de la colaboración con el fiscal de juicio, señalada en el párrafo anterior, toda la referida a la instrucción, desde su inicio, hasta la clausura de la misma ya a cargo del juez, o en su caso en el suyo con la investigación delegada en él, con todas las atribuciones del juez, menos aquellas en que se encuentre comprometida una garantía constitucional (indagatoria - allanamiento - libertad provisional - detenciones, etc., art. 213).

Todos los representantes del Ministerio Fiscal formularán, en forma motivada y específicamente, sus requerimientos y conclusiones y no podrán nunca obviar esa obligación remitiéndose a los fundamentos de decisiones del juez. Su actuación será oral en el debate y, en los otros estadios del proceso, escrita (art. 69).

Puede producirse su separación del proceso por excusación o recusación, fundada en las mismas causales que las previstas para los jueces (art. 71).

La Constitución Nacional incorporó a su texto (art. 120) una previsión verdaderamente trascendente, en cuanto terminando con una discusión ancestral, sentó el principio: "*El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República.*

"*Está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca...*".

Sobre tal base le tocó, luego, al Congreso dictar una buena, minuciosa, equilibrada y completa ley que regule la materia con total eficiencia y respeto de las garantías constitucionales.

Así es como nació la ley 24.946, publicada en el Boletín Oficial el 23 de marzo de 1993. Ella, sobre la base constitucional citada, estructura el Ministerio Público, al que divide en Ministerio Público Fiscal y Ministerio Público de la Defensa. Preside al primero el procurador general de la Nación y al segundo el defensor general de la Nación, ambos nombrados por el Poder Ejecutivo nacional con acuerdo del Senado, con calidad de magistrados, removibles únicamente por vía de juicio político.

En lo que hace al procurador general le atribuye el ejercicio de la acción pública penal, ejecutable por sí o por delegación en cabeza de los demás órganos que de él dependen.

Estos últimos son los fiscales que instituidos por el Código Procesal hemos considerado precedentemente y a los cuales los estratifica en rangos jerárquicos en calidad de magistrdos nombrados por el Poder Ejecutivo, eligiéndolos de una terna que le eleva el procurador general, formada tras concurso público de oposición y antecedentes para cada cargo a proveer, con acuerdo del Senado. Duran en sus funciones hasta los 75 años de edad y son removibles por un "juri de enjuiciamiento" que depende de la misma procuración.

Integra, además, el cuerpo de fiscales con otros, creados por la ley, en calidad de adjuntos y auxiliares, nombrados por el mismo régimen y remo-

vibles por idéntica vía. Se los distribuye jerárquicamente en torno de cada rango ya destacado en la forma en que se lo hace con los principales.

Se lo regula como órgano de control de regularidad legal del desarrollo del proceso y custodio del respeto de las garantías constitucionales. Se le confieren facultades investigatorias necesarias para poder promover la acción penal pública oficiosa. Por ella puede citar testigos, pedir informes, incorporar documentos, actuar con auxilio de la fuerza pública e impulsar todo el proceso penal.

Minuciosamente señala las atribuciones de cada integrante del orden jerárquico, atribuyendo a cada rango el control de sus inferiores.

Reglamenta de este modo su autonomía funcional, como también lo hace con su autarquía financiera, asegurando de ese modo su condición de órgano extrapoder totalmente independiente, como parte en el proceso penal.

b) Querellante

Es un sujeto privado acusador que, asumiendo voluntariamente el ejercicio de la acción penal emergente de un delito cometido en su contra en forma directa, impulsa el proceso, proporciona elementos de convicción, argumenta sobre ellos y recurre de las resoluciones en la medida en que le concede la ley.

En todos los casos su legitimidad está dada por su condición de particularmente ofendido por el delito. Su condición de acusador se divide en dos aspectos: uno, actuando al lado del fiscal, limitado en cuanto al alcance de sus facultades, en los casos de acción pública; el otro, actuante como único acusador sin intervención del fiscal y dueño de la acción, responsable de su mantenimiento por medio de constante activación, que es el que se presenta en los delitos de los que nace acción privada. En los dos su intervención es facultativa para el ofendido.

Hay un único supuesto en el que puede asumirse la condición de querellante en autos por delitos de acción pública sin ser el ofendido directo que es el del cónyuge, padres, hijos supérstites de la víctima de homicidio, o su último representante legal.

En todos los casos, como se necesita ser capaz civilmente para actuar, si no lo fuere el ofendido, puede actuar como querellante su representante legal.

La constitución de la parte querellante por delitos de acción pública puede tener lugar en cualquier estadio de la instrucción hasta la clausura de la misma. Pasada esta última oportunidad, la constitución será rechazada sin más trámite (arts. 84 y 90).

Pero, lo que antecede requiere una ampliación. En lo que hace al inicio de la instrucción, la constitución se puede hacer junto con un escrito de denuncia. Por esta última el particular ofendido no hace sino llevar una simple noticia del crimen, pero no es parte. Si a ésta le agrega su constitución de querellante, en ese mismo momento abandona su calidad de denunciante, para ser querellante y si el juez no lo tiene por tal, puede apelar para ante la cámara de apelaciones dentro del término de tres días (arts. 82, 84 y 90).

La última oportunidad para constituirse, como ya se dijo, era la de la clausura de la instrucción. Pero ello supone un momento concreto (art. 353) que demanda para que se dicte, una vista y producción de actos previos. En efecto, cuando el juez, después de haber procesado al imputado, estimare que ya está concluida la instrucción, debe dar una vista al fiscal y al querellante para que éstos dictaminen sobre el mérito de la instrucción. Tanto el fiscal como el querellante, dentro de los seis días prorrogables, deben pronunciarse, si mantienen su postura acusatoria suficiente, con el requerimiento de elevación a juicio, que no es sino la acusación (arts. 346, 347). Si el querellante no lo hace en ese momento, la elevación a juicio se haría sólo sobre el pedido fiscal. Si la constitución de querellante se hace al final, sobre la clausura, se entrará al juicio sobre la base fiscal y sobre ella deberá ofrecer la prueba el querellante, para cerrar recién al final —al cierre del debate— con su acusación. Aparentemente se debilita su posición procesal.

En toda oportunidad, para constituirse en querellante se debe concretar la pretensión en un pedido por escrito, ya en forma personal o por mandatario especial cuyo poder debe acompañarse con el escrito, todo con asistencia letrada. En ese escrito debe expresarse, bajo pena de inadmisibilidad: 1) el nombre y apellido y domicilio real y legal del querellante; 2) nombre y apellido, domicilios del o de los imputados si fueren conocidos; 3) relación sucinta del hecho en que se funda; 4) la acreditación de los extremos de la personería que invoca; 5) petición de ser tenido por parte querellante y su firma (art. 83). Para el caso de querella por delito de acción privada, como el escrito actúa, además, como acusación (no hay período instructorio), se debe ampliar en totalidad la narración detallada del hecho y sus circunstancias, las pruebas que se ofrecen, acompañándose en su caso la nómina de los testigos, peritos e intérpretes, con indicación de sus respectivos domicilios y profesiones. Se acompañará toda la documentación pertinente, prueba o acreditación de personería. Si no se puede hacerlo con la primera se señalará el lugar en que se encuentra.

Si se ejercita conjuntamente la acción civil así debe expresarse y concretar la demanda con ajuste a las reglas que rigen al respecto en el mismo Código (arts. 415 y 418).

Además, en los dos supuestos, si fueren varios los que se presentan como querellantes, si hay comunidad de intereses, es obligación unificar la representación y si, al respecto, los presentantes no se pusieren de acuerdo sobre en quién recaerá la representación, lo designará de oficio el juez (arts. 85 y 416).

No debe olvidarse que el querellante adviene en el proceso como parte y es por ello que el Código expresamente dice que a partir del momento de su constitución queda sometido a la jurisdicción del tribunal y responde por todas las consecuencias legales del proceso (art. 419).

Como que toda su actividad depende del acto voluntario de su asunción de parte, puede también voluntariamente desistir de su condición. Este desistimiento puede ser expreso, quedando sujeto a las responsabilidades que hubiere contraído. En cambio dicho desistimiento puede ser tácito, lo que en síntesis se resume en un acto de abandono, por cuanto se da cuando el querellante no instare el procedimiento durante sesenta días; o en el caso de las calumnias o injurias, si muerto o incapacitado el querellante sus representantes legitimados no asumieran continuidad dentro de los sesenta días. A lo que se suma el caso de que no se concurriere a la audiencia de conciliación en los procesos de acción privada (arts. 420 y 422).

El desistimiento expreso es el único que rige para los delitos de acción pública. En los delitos de acción privada el desistimiento lleva al sobreseimiento en el proceso; en cambio en los de acción pública, sólo a la separación del querellante, por cuanto el proceso sigue su curso impulsado por el fiscal.

El ser querellante en un proceso, no descalifica su posibilidad de declarar como testigo obligatoriamente (art. 86).

Así las cosas, resulta conveniente destacar que el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, confiere a la víctima un tratamiento protector muy especial, desde la custodia de su integridad física y moral, la descripción de los actos procesales a que se la somete, hasta la explicación detallada de sus derechos como así también la posibilidad que tiene de asumir el rol de querellante, ejercitando sus derechos acusatorios penales y la acción civil resarcitoria e indemnizatoria (arts. 78, 79).

Ello, por cierto, está vinculado estrechamente con lo que respecto de la parte querellante hemos expuesto. La ley orgánica de tribunales prevé la organización de una oficina especial para este asesoramiento.

De lo que antecede resulta que el querellante en los delitos de acción privada es parte acusadora autónoma y posee todas las facultades legales necesarias para cumplir su función tanto de iniciar como proseguir y terminar el proceso y si no las ejercita éste se extingue, por cuanto no interviene el fiscal para ello.

En cambio, en lo que respecta a los delitos de acción pública su situación es totalmente diferente toda vez que carece de la facultad para promover la acción por vía de querella y también carece de la de abrir la etapa del juicio en forma autónoma por cuanto, en ambos casos, depende totalmente de la actividad del fiscal. Por ello es que a este querellante, disminuido considerablemente en sus facultades con relación a las que poseía en el Código de Procedimientos viejo, se lo distingue como "querellante adhesivo" o "adherente".

c) Actor civil

Es un sujeto procesal que dentro del proceso penal juega su rol accionario relacionado con el objeto de éste, como causa de obligación, pero limitado al campo civil reparatorio e indemnizatorio.

Esa calidad de actor civil, como titular de la acción civil emergente del delito, se adquiere cuando éste se presenta en el proceso penal para constituirse como tal.

Para hacerlo el titular debe ser persona capaz civilmente, por cuanto si no lo fuere debe actuar con las representaciones que la ley civil impone para el ejercicio de las acciones civiles.

Para la asunción de tal calidad la oportunidad señalada por la ley procesal penal, es la de todo el período instructorio, desde su inicio hasta su clausura.

En orden al inicio repetimos aquí lo que dijimos de la parte querellante. Con la denuncia puede asumir junto con el rol querellante o sin él, el de actor civil.

La asunción que tratamos, es el simple acto de asumir pero no es en modo alguno la demanda. Ello así, por cuanto ella debe ser producida en oportunidad de la vista de clausura de la instrucción. En efecto, cuando el juez de instrucción que ya ha procesado al imputado, estima agotada la investigación, corre vista al fiscal y al querellante para que se expidan sobre el mérito de la misma. Pero paralelamente y desde el mismo momento, el actor civil debe —dentro de los tres días de notificado— interponer la demanda, de la que se corre traslado por seis días al demandado, con ajuste a las reglas procesales civiles (arts. 346, 347 y 93).

De la traba de la litis, ya por simple contestación o por vías de reconvención, el juez de instrucción debe dar razón explicativa en el auto de elevación.

La clausura del período instructorio se opera con este último acto del juez de instrucción (art. 353), de modo tal que cuando él adviene, ya es tarde

para asumir el rol de actor civil, por cuanto ya se ha precluido la oportunidad para interponer la demanda. Aceptar lo contrario sería permitir que el proceso entrara a la etapa de juicio, sin traba de litis invirtiendo todo el sistema procesal civil, que la propia ley procesal penal impone aplicar.

De esta manera, la constitución de parte civil, debe hacerse hasta la notificación de la vista del art. 346.

Esa constitución podrá hacerse personalmente o por mandatario, mediante un escrito que contenga, bajo pena de inadmisibilidad, las condiciones personales y el domicilio legal del accionante, a qué proceso se refiere y los motivos en que se funda la acción (art. 89). Incluso puede hacerse aun cuando no estuviere individualizado el imputado: y, si junto con éste se demandara a los civilmente responsables, siempre debe demandarse al primero junto con los segundos (art. 88).

Aceptada la constitución del actor civil, el acto debe ser notificado tanto al imputado como al civilmente demandado, y desde la última de esas notificaciones producirá efectos.

Constituido en actor civil éste tendrá en el proceso la intervención necesaria para acreditar la existencia del hecho delictuoso y los daños y perjuicios que le haya causado y reclamar las medidas cautelares y restituciones e indemnizaciones correspondientes (art. 91).

Al final de la instrucción debe interponer, como se dijo, la demanda y correr traslado al demandado civil, ya sea al imputado y/o al responsable civil, pero al final del "debate" en el juicio, alegará sobre la prueba y formulará su acusación, que puede ser hecha, para su caso, en memorial, limitando su alegato a los puntos civiles (art. 393).

El actor civil puede desistir de su calidad en cualquier estado del proceso, haciéndose responsable por las costas. Se lo tendrá por desistido si no concreta su demanda en la oportunidad de la vista para clausura del sumario (arts. 93 y 346) o no comparezca al debate o se aleje de la audiencia sin haber formulado sus conclusiones (arts. 94 y 393).

Su situación es limitada en lo que hace a la vía recursiva, por cuanto carece de recursos contra los sobreseimientos y la sentencia absolutoria penal (art. 95).

Pero por su calidad de actor civil, al igual que el querellante, no pierde su vocación de testigo, por lo que si es llamado como tal debe prestar su dicho (art. 96).

d) Asesor de menores

Es el representante del ministerio pupilar; sujeto público, parte necesaria en todo proceso en el que se encuentre comprometido un menor de edad, tanto en su responsabilidad penal, como en la civil.

Responde su existencia procesal a un mandato expreso de la legislación de fondo. El Código Civil en su art. 59 dice que además de los representantes necesarios del menor, él será promiscuamente representado por el ministerio de menores, que será parte legítima y esencial, so pena de nulidad. A su vez, la ley 10.903 de Patronato de Menores, impone en su art. 4°, que este patronato se ejercerá por los jueces nacionales o provinciales con la concurrencia del ministerio público de menores.

Al regularse el proceso penal en el que se encuentre comprometido un menor de 18 años como autor de delito, se instituye una justicia especializada integrada por jueces de menores y tribunales de menores que tienen a su cargo la aplicación del régimen penal especial (ley 22.278) y todo el tutelar. Allí y en orden a este último aspecto, se ejerce una verdadera limitación de la patria potestad que puede ir de una simple vigilancia, a la internación en establecimientos de tratamiento.

Para la adopción de estas medidas tutelares el juez en todos los casos debe dar vista al asesor de menores (art. 412, CPP) y en el cuadro del proceso mismo, en la etapa del juicio, el asesor es parte obligada debiendo concurrir a todo el debate (art. 413, inc. 3°, *idem*).

En este supuesto, esta intervención es nueva en el actual Código Procesal Penal que la instituye en forma obligatoria, con lo que se ha progresado en forma positiva con relación al Código viejo que guardaba silencio al respecto, dejando actuar en este rubro en forma libre a los jueces sin contralor pupilar alguno en el sentido de las leyes nacionales sobre la materia, citadas anteriormente.

e) Imputado

Es el sujeto procesal a quien se le atribuye la materialidad del hecho delictivo y su responsabilidad culpable en su comisión, cualquiera que fuere el grado de participación que en él hubiere tomado.

En realidad con esta expresión se denomina al sujeto citado, como si fuera un común denominador por cuanto su situación, según el grado de pruebas que a su respecto se vayan acumulando en el curso del proceso, como imputado, pasa a ser prevenido, y luego sospechado, después procesado y luego acusado. Siempre es imputado, pero según el caso será en una u otra de las formas citadas.

En torno a él, el Código regula su situación en el proceso, en sus distintas etapas de desarrollo, indica sus derechos y facultades, instituye la intangibilidad de sus garantías constitucionales y todo se construye en su torno, hasta la sentencia. Contemplar su ubicación y relevancia en el juicio es analizar su marcha hacia la sentencia, por lo que su tratamiento se hará en el curso de toda la materia.

f) Civilmente demandado

Sujeto pasivo de la acción civil indemnizatoria o reparatoria ejercitada en el proceso penal, puede ser el imputado mismo, cuando a él se dirige la demanda como responsable directo, en cuyo caso el letrado defensor penal, si no hay manifestación expresa en contra, será su apoderado civil, sin necesidad de otorgamiento de mandato expreso al efecto. Pero, también puede ser responsable por el daño causado por el delito el tercero de quien dependa el procesado y que según la ley civil se traslada la responsabilidad de éste al tercero.

Este tercero que debe responder civilmente por el imputado del daño puede ser citado para que intervenga en el proceso, a solicitud de quien ejerza la acción resarcitoria, el que deberá en su escrito expresar el nombre y domicilio del demandado y los motivos en que funda su acción (art. 97).

La oportunidad de su constitución en demandado está dada por la norma del art. 90, en forma paralela a la oportunidad que tiene el damnificado para constituirse en actor civil como demandante. Por ello, cuando se dicte el decreto, que tiene por parte a este último, deberá ser notificado al demandado y al imputado (art. 98).

Por constituido y actuando como tal, al cierre de la instrucción (art. 346) el actor civil interpone su demanda y de ella se da traslado al civilmente demandado el que debe contestarla en el término de seis días, pudiendo en el mismo acto interponer excepciones y defensas civiles, todo con ajuste al Código específico de la materia procesal civil. Todo el trámite de las excepciones se ajustará al Código formal civil y la resolución de las mismas puede ser diferida por el tribunal para la sentencia por auto fundado (art. 102).

Aun cuando esté pendiente la resolución de las excepciones opuestas, deberá ofrecer la prueba en el curso del juicio y antes del debate, bajo pena de perder su oportunidad (art. 103).

El aseguramiento cautelar real se haría en la forma y oportunidad previstas por los arts. 518 y 519.

g) Defensor del imputado

El imputado no puede dejar de tener su letrado defensor, extremo por el cual desde el momento mismo en que aquél tenga contacto con el proceso se le debe hacer saber que tiene derecho a designarlo. Así en la oportunidad de la prevención cuando la autoridad policial le recibe declaración identificatoria, debe hacerle saber su derecho (art. 184, último párrafo, 1ª parte, y art. 104): pero cuando ello no se hubiere satisfecho, en última instancia el juez antes de indagarlo lo invitará a designar su defensor (art. 107).

El reo puede asumir su propia defensa cuando contare con la capacidad para ello y no entorpeciere el trámite del proceso, según el criterio del juez. Si esa intervención personal no se produjera, el reo tiene el derecho de proponer como defensor a un abogado particular y, si ello no ocurriere, el juez tiene la obligación de nombrarle uno oficial, que durará en su función hasta que el procesado nombre uno particular (art. 104).

Es tan respetado el principio de que no puede haber imputado sin defensa, que se reconoce el derecho de aquél de proponerla aun estando incomunicado.

Los defensores pueden ser dos actuando como una sola defensa por lo que notificado uno de providencia dictada en el proceso, se los tiene por notificados a ambos (art. 105). La intervención de ambos, se pone de manifiesto cuando al cerrarse el debate, el alegato sobre la prueba puede hacerse por mitades, a cargo de cada uno (art. 303).

La defensa común de varios procesados, puede estar a cargo de un solo defensor siempre y cuando no exista entre los procesados intereses encontrados (art. 109).

Antes de aceptar el cargo el letrado, para ver si lo hace o no, puede consultar las constancias de la instrucción, aun antes del vencimiento del término de reserva (arts. 106 y 204, 1ª parte). Pero, una vez que lo aceptó tiene la obligación de desempeñarlo, no pudiendo separarse sino con razón atendible. Cualquier separación o suspensión en la asistencia obliga a nombrar un sustituto o al oficial. Esa situación no impide el curso del proceso (art. 112).

Los abogados defensores están sometidos a un régimen muy estricto en el orden de sus responsabilidades, por lo que en el art. 113 se prevén las sanciones que por mal desempeño o abandono, se le pueden imponer.

h) Apoderado o patrocinante de la querella y/o del actor civil

En lo que hace a la actuación de las partes civiles en el proceso penal —actor civil y civilmente demandado— es de destacar que la ley procesal

penal exige que, ya actuando por sí o por mandatario, en todos los casos deben hacerlo con patrocinio letrado (art. 110). El patrocinio está regido por la ley específica del ejercicio profesional y la arancelaria.

El querellante debe actuar desde su presentación, como tal hasta el final del proceso, con asistencia letrada. Ello se impone por el art. 83, para el querellante en general, aun cuando para el caso de acción privada, no lo repite (art. 418), pero en ninguno de los dos casos la exigencia se impone bajo sanción de inadmisibilidad.

IX. Proyecto de ley de reforma

Modifica todo el régimen de la acción civil, elimina como partes al actor civil, y al civilmente demandado. Atribuye, sin regular, la acción civil, al querellante. Subordina totalmente la acción civil a la penal.

El actor civil como parte en el proceso penal, con las formas y alcances explicados precedentemente, es totalmente derogado (elimina los arts. 14, 16, 2ª parte; 82, *in fine*; 84, 87/103, 347 y 393, CPP) por el Proyecto de Reforma de la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados de la Nación, de diciembre de 1993 (Exps. 2688-D-92; 3282-D-92; 5208-D-92; 0021-D-93; 0282-D-93; 2223-D-93; 3956-D-93; 3956-D-93 y 3954-D-93). En su consecuencia se elimina también todo lo regulado respecto del demandado civil.

El argumento sobre el que se sustenta para ello es: "Arts. 87 a 103: se derogan. La actuación de un actor civil y de un civilmente demandado producirán, en casos complejos como los que pueden darse, problemas que acarrearán demoras e inconvenientes para el desarrollo del juicio penal".

Es decir, sólo el argumento de recargo de trabajo, que es el mismo que en 1921 guió al Dr. González Roura para oponerse a la reforma del art. 29, CPen., y lo tornó en facultativo.

En mi opinión no es válido. El juez que hace todo el proceso y llega a la sentencia, no se recarga en ese momento por tratar la consecuencia penal, con más el plus civil. Mucho peor es andar repartiendo procesos por el mismo hecho generador por todos los fueros.

El proyecto parcela el alcance del art. 29, CPen. y atribuye la acción al querellante que para accionar civilmente debe constituirse como tal, ejercitando su acción —además de la penal— en la vista de mérito (arts. 346, 347, CPP). No se dice bajo qué formas y exigencias, con lo que se vuelve al viejo problema que se generaba por igual vacío del Código de 1889.

La acusación del querellante no tiene traslado, de conteste obligatorio, a la defensa (arts. 346, 349) por lo que no se da oportunidad obligatoria de contestación de la demanda civil, y en su consecuencia, se llega a la audiencia de discusión final (art. 393, Código cit.), sin traba de litis sobre el objeto procesal accesorio que con esta reforma se generaría, eliminando el autónomo.

Además, al suprimir la segunda parte del art. 16, elimina la posibilidad de dictar sentencia sobre la cuestión civil aun cuando se absuelva en la penal, lo que es en verdad un acierto del actual Código Procesal Penal de la Nación. Con la reforma propuesta se elimina esa posibilidad.

Al cambiarlo, el *proyecto* en análisis subordina la acción civil en totalidad a la suerte de la penal y, al final, después de todo el trabajo realizado, el actor civil puede ver fracasado todo su esfuerzo que se disiparía como una nube de humo. Tiene que abrir una nueva causa en lo civil.

Éste era el drama antiguo.

La reforma propuesta vuelve a él, como un verdadero intento de disuadir a los damnificados por el delito a accionar en sede penal. Así se cumple el declarado propósito de no recargar el trabajo.

CAPÍTULO III

OBJETO PROCESAL

SUMARIO: I. Concepto y función del objeto procesal penal.— II. Identificación.— III. Características: a) Es jurídicamente indivisible; b) Es inmutable; c) Es indisponible.— IV. Unidad y pluralidad: 1. Conexidad procesal. Problemas de competencia. 2. Orden de prelación cognoscitiva. 3. Objeto procesal civil.— V. Cuestiones prejudiciales: a) Homogénea; b) Heterogénea.

I. CONCEPTO Y FUNCIÓN DEL OBJETO PROCESAL PENAL

El objeto del proceso es una entidad peculiar con valor conceptual propio y que se diferencia, de tal suerte, del sentido ordinario con el que se lo señala comúnmente como indicativo de la *finalidad* del proceso.

Su jerarquía es de tal nivel que constituye la materia o tema central de investigación fáctica y jurídica, base de la decisión; por ello es que sobre el mismo se desarrolla todo el proceso, cubriendo su iniciación, informando todo su desenvolvimiento y centrando su extinción.

El objeto del proceso es un hecho humano considerado desde el punto de vista penal y en función punitiva. Es decir, en primer lugar, como hecho es la modificación del estado anterior de cosas en el mundo exterior: por ejemplo, un hombre muerto, a cuyo respecto, la muerte es un hecho que produce el cambio de la vida anterior al estado posterior muerto. Pero ese cambio, para la materia que tratamos, debe ser causado por la acción de un hombre (ello lo diferencia del hecho de la naturaleza).

Ese trozo de vida humana, este fenómeno vital —*hecho humano*— sólo es relevante para el proceso penal, como su objeto, si se lo considera desde el punto de vista de la ley penal. Ello, por cuanto esta última es la que selecciona de la totalidad de los hechos humanos, los únicos que son relevantes, por violatorios de bienes jurídicos, y susceptibles de pena. El "hecho desnudo" es irrelevante, como lo es también el que no es delito. Si se presenta de inicio y sin investigación alguna como no constitutivo de delito

procede la desestimación de la denuncia, prevención, etc., sin avocamiento, como forma de saneamiento.

Sobre ese hecho concreto, obra de un hombre también concreto, se ha construido una realidad específica que viene a ser el contenido particularizado de la ley penal sustancial. El precepto penal recibe ese contenido y sobre ello el Estado aspira, pretende, aplicar la pena, la sanción. Cuando el objeto procesal se acredite, la pretensión del Estado, por la sentencia, se convertirá en derecho subjetivo de aplicar la pena.

Por ello es que *objeto y finalidad*, siendo diferentes, se implican recíprocamente. Sobre el objeto se actúa para poder satisfacer la finalidad que no es sino la materialización del derecho de fondo.

En consecuencia, no basta con decir que el objeto procesal es un hecho humano del que derivan efectos jurídicos, porque esa presentación generaliza tanto que por su amplitud resulta inocua. Necesita algo más que la circunscriba. Y ese algo más, es que se lo considere en función de la ley penal y con la aspiración de aplicarse una pena. Esto es lo que, en el objeto procesal, se llama "causa penal", sin la cual éste no es objeto procesal penal.

En el proceso penal este núcleo, tema o materia de su constitución, desarrollo y extinción, no se presenta de inicio perfecta y nítidamente perfilado, sino que lo hace con contornos confusos. No obstante, el objeto procesal introducido es aceptable como tal por cuanto el hecho expuesto en la denuncia, en la prevención o de oficio, resulta básicamente como constitutivo de delito; por ello es que hay avocamiento; si no fuera así se hubiera desestimado. Así, porque en la etapa instructoria en su origen se lo introduce como una mera hipótesis de trabajo (tanto en cuanto al hecho como a su responsable, incluida su calificación legal), que demanda, en función de adquisición de conocimiento, el desarrollo de actividad acumulativa probatoria que, avanzando desde la ignorancia, pasa por lo imperfecto, y aspira a llegar a lo mejor posible respecto de la verdad real. En el curso de la instrucción, los contornos del objeto procesal se van depurando de tal suerte que, cuando se da por cerrado el sumario y se lo eleva a juicio, adviene una nueva posibilidad para tal objeto. Por cierto que en el sumario hay objeto procesal; pero presenta los caracteres citados y van pasando de lo difuso a lo claro. Esto último debido al acopio de medios de prueba.

En efecto, dando razón a la afirmación de Beling en el sentido de que la determinación y concreción del objeto del proceso es obra de los acusadores, cuando el acusador se expide sobre el mérito del sumario y acusa, en este acto debe "determinar el objeto de cada proceso, indicándolo en su acusación". Sólo a partir de la acusación existe en el proceso penal un objeto concreto individualizado y determinado.

Desde el momento mismo en que ello ocurre se enmarca el proceso penal de tal manera que no puede salirse en su curso posterior de la temática por el acto acusatorio impuesto. Él se construye sobre la hipótesis probada, base de instrucción, concordada con el procesamiento del imputado y los hechos enrostrados y su prueba. Tanto del o de los procesamientos, como de los respectivos hechos que estime probados y la invocación de las normas procesales que le confieren razón, y, luego, su calificación de fondo, es de lo que se debe defender el procesado. Su defensa no puede apartarse de ello. Como no puede hacerlo la prueba que se ofrezca. Y por último, la sentencia tiene que expedirse dentro del marco que le impone la acusación. Se ve así cómo el objeto procesal, con raíz en la instrucción, concretado en la acusación y desarrollado en el juicio-debate, es la materia de la sentencia. Todo debe ser concordante y ello es lo que se denomina *congruencia*.

Entonces se concluye que, por ser *la materia de cada uno, no hay proceso sin objeto procesal* y que *su unidad identifica* cada proceso, informa su desarrollo y da materia a su sentencia. Si se multiplican los objetos se multiplican los procesos, sin perjuicio de que, por conveniencia práctica, se tramiten todos en un solo continente externo que es un único "expediente".

De allí la función que este instituto cumple en el proceso, aparte de la de individualizar cada proceso, y que consiste en centralizar y limitar la actividad del juez y de las partes.

Un objeto, un proceso. El objeto *identifica* cada proceso. Y le da su único campo de actuación.

II. Identificación

Precisamente por su naturaleza y la función que cumple, el objeto procesal demanda que se lo identifique en forma concreta y ello se logra por medio de la *individualización del hecho imputado.*

a) Este extremo se satisface pasando el análisis, estudio o consideración del hecho a través de la acción típica que obre como causa adecuada de ese hecho, que se presenta así como su resultado.

Ese hecho presenta —además— circunstancias de tiempo, lugar, modo y persona que, a su vez, contribuyen a su individualización, aunque éstas puedan variar en el curso de la investigación (por ej.: la muerte no aconteció en la hora que se denunció, sino en otra; o en lugar diferente; o el muerto no resultó llamarse y ser quien se decía de origen), *mientras no se cambie su idea básica* (la muerte de ese hombre sigue siendo la misma), la individualización se logra.

b) *La individualización de la persona a la que se imputa la comisión del hecho*, completa la identificación del objeto procesal.

Esta persona también se determina a través del tipo, como ser el sujeto activo de la acción que causalmente se une al resultado que adviene en el campo de la realidad exterior, como hecho. Ella es a quien por ese nexo causal se le atribuye la comisión de éste.

Ese hecho delictivo y su responsable al que se aspira punir, es el *objeto procesal determinado* de un proceso.

Éste existe como materia y da cuerpo a un proceso penal, aun cuando luego se demuestre que el *hecho* no existió o que existiendo no era delito; o que por acreditado el delito, el *imputado* no era responsable.

Es el caso en que, en un proceso existente como tal y *con su objeto procesal propio*, se llega a la absolución, por uno u otro de los motivos señalados. *Pero se llega a ello precisamente porque el proceso y su objeto existieron.*

Tampoco se desnaturaliza el objeto procesal porque, tras su secuela, en el proceso se arribe a sentencia en la que, con declaración de responsabilidad penal, se absuelva como ocurre en el proceso penal de menores por ser viable el perdón por recuperación.

Para la identificación del objeto procesal no es necesaria la consideración de la identidad del acusador, ni de la figura penal que se considere definitivamente integrada por el hecho.

III. Características

El objeto procesal conceptuado y delineado en la forma señalada, precisamente por su propia esencia y función, ofrece los siguientes caracteres:

a) Es jurídicamente indivisible

Débese tener presente que su elemento material es siempre *un solo hecho*, aun cuando el mismo caiga bajo más de una ley penal, como es el caso de concurso formal o ideal de delitos. Siempre es un solo hecho. Tanto es de esta manera que tratándose de dos o más hechos independientes, como es el concurso real o material, por cada uno de ellos, imputado al mismo sujeto, se individualiza un objeto procesal (una materia o tema) independiente y, en su consecuencia, un proceso autónomo; que podrán tramitar todos juntos en un solo continente (expediente) sin romper esa pluralidad, por razones de mera economía.

Consecuencia de ello es que el objeto procesal constituye una *unidad jurídico procesal*, que impone que a su respecto no pueda haber más de un proceso por el mismo hecho y contra el mismo imputado, ya estén éstos en trámite, ya que sobrevenga el nuevo al ya terminado por resolución firme pasada en autoridad de cosa juzgada. Esto es lo que se recoge en la fórmula *non bis in idem* que es la razón de ser de la norma: "Nadie puede ser procesado ni castigado sino una sola vez por el mismo hecho" (art. 1°) teniéndose por éste al hecho en sí mismo que se ha impostado como hipótesis cabeza del proceso, y no a la calificación que en definitiva se le asigne.

Si violando esa indivisibilidad, se repitiera proceso, pendiente otro anterior, el remedio procesal es el que proporciona la excepción de *litispendencia*. En tanto que si el nuevo adviene después de la resolución firme que le pone fin al primero, el remedio será el de excepción de "cosa juzgada". Por cierto que el núcleo de cada una de ellas será la delimitación precisa y concreta de los objetos procesales de cada uno de los procesos paralelos o sucesivos.

Pero esa unidad *jurídico-procesal* impone también su *indivisibilidad* a la resolución jurisdiccional que a su respecto se emita. En el mismo proceso y con relación al mismo objeto no puede haber más que una resolución.

Ello vale tanto para las leyes que se infrinjan, como para las diferentes calificaciones asignadas, todo por el mismo hecho.

Así, en el caso de concurso ideal (art. 54, CPen.) si al único hecho, materia del proceso se lo ha presentado como infringiendo dos leyes y luego se acredita que lo es de una sola, no se puede dividirlo con una resolución respecto de lo que no es y otra con relación a lo que es. Se absuelve o se condena con un solo pronunciamiento, *respecto del hecho único* y por la calificación que proceda.

Esa unidad *del hecho* también se impone cuando en el curso del proceso se lo ha calificado de distinta manera (en la acusación de una figura y en la sentencia, en definitiva, en otra). Lo multiplicado es la calificación, pero no el hecho único. Es respecto de él que se dicta la resolución final y, por ejemplo: en la sentencia se condena por el hecho y su calificación legal procedente, y no puede dividirse absolviendo *por la calificación* que de él se rechaza.

Por cierto que cuando en un mismo "expediente" se investigan y juzgan varios "*hechos independientes*" esa indivisibilidad no tiene vigencia, porque no hay unidad jurídico-procesal, sino precisamente lo contrario, pluralidad de objeto, propio del concurso real o material de delitos (art. 55, CPen.). Esa división en el pronunciamiento es obligatoria. Pero cada uno de los hechos concursados genera un objeto, en sí indivisible.

b) Es inmutable

Desde el momento mismo en que el objeto procesal es individualizado por su hecho y su imputado en el acto acusatorio, deviene en inmutable. No puede sustituirse ni modificarse el hecho (sustitución objetiva), como tampoco el sujeto (sustitución subjetiva) y constituye el tema único del proceso sobre el cual se conduce todo su futuro, toda vez que a él responde la defensa, gobierna la pertinencia de la prueba ofrecida por las partes en el período probatorio del juicio y a su respecto se expide la sentencia.

Partimos del momento procesal en que lo hemos hecho porque es en su oportunidad cuando la acusación concreta el objeto. Antes de esa etapa, desde el inicio de la instrucción en que se introduce una mera hipótesis, hasta su clausura, en forma progresiva se lo va perfilando mediante la actividad adquisitivo-probatoria que se va cumpliendo siempre sobre la misma idea base pero, con todo ese material, al pronunciarse sobre el mérito de dicha instrucción, es el acusador el que concreta el objeto. Durante el curso investigatorio, la inmutabilidad no es tan rígida en lo que hace a las circunstancias precisamente porque por ese mismo curso el objeto está en plena formación. Pero la idea base debe ser la misma.

La inmutabilidad separa el objeto individualizado (hecho y sujeto), pero no para su calificación legal, la que por el perfil completo, con todas las circunstancias de tiempo, lugar, modo y persona, puede modificarse respecto de la asignada originariamente al hecho. Pero éste es siempre básicamente el mismo.

Diferente es el caso del contenido del "expediente" en el que durante su desarrollo, se puede adicionar por conexidad subjetiva u objetiva al objeto ya existente, otro u otros, ya por multiplicación de hechos respecto de un mismo imputado, o a la inversa, otros imputados sobre el mismo hecho. Aparece, así, por cada adición un nuevo objeto que a su vez es inmutable.

c) Es indisponible

Dada la particular caracterización del proceso penal como estrictamente necesario (art. 18, CN) y de promoción, prosecución y extinción obligatoria (art. 71, 1ª parte, CPen.), tanto sus formas, como su finalidad resultan indisponibles por las partes, en cuanto las primeras persiguen la acreditación de la verdad real del hecho y su autor y la segunda (por conversión de la pretensión punitiva en derecho subjetivo del Estado en el caso concreto) la aplicación de la consecuencia legal que es la pena.

A diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, en el penal las partes no pueden, ni por acuerdo mutuo de voluntades, ni por manifestación unilateral de la de una de ellas, superar y prescindir la obligación del juez en el proceso de acreditar la existencia del hecho con calidad de verdad real. Nada —ni la aceptación del acusado de la afirmación del acusador—, ni la confesión del acusado —como verdad ficta— puede dejar de lado toda la actividad adquisitivo-probatoria obligatoria impuesta por la ley al juez, como con claridad surge de la ley procesal penal nacional en cuanto a la confesión la declara probatoria si, aparte de ella, el cuerpo del delito está probado por pruebas independientes de la misma y, aún más: pese a la confesión del imputado, el juez no puede dejar de investigar la materialidad del hecho.

Luce, así, incuestionable la indisponibilidad del objeto procesal penal, en lo que hace a la existencia misma del hecho.

Pero, todavía más, las partes no pueden disponer tampoco de las consecuencias legales del hecho dentro del marco de la ley penal, esto es: imposición de la pena o medidas de seguridad o ambas. Y no es excepción de ello la cambiante figura del art. 64, CPen. en cuanto admite el pago total de la pena de multa, en forma voluntaria, por cuanto ese autosometimiento no es sino una forma de extinguir la acción penal, pero no es el cumplimiento, en consecuencia, de sanción alguna.

Estos rasgos, que han permanecido incólumes en nuestros ordenamientos legales procesales penales nacionales, a partir de mayo de 1997, en virtud de la ley 24.825, sancionada por el Congreso de la Nación, que modifica el Código Nacional en lo Procesal Penal (art. 451 bis), han sufrido un cambio notable en cuanto, si se dan en autos los presupuestos que expresamente exige en lo que hace a monto de pena privativa de libertad de menos de 6 años, aun cuando sea conjunta con las no privativas de libertad o sólo éstas, a demandarse por el agente fiscal, *el acusador puede entrar en tratativas con el imputado con miras a acordar sobre el objeto y la pena.*

La transacción relativa al objeto consiste en que la descripción, prueba y calificación legal del hecho cumplida por el agente fiscal, como así también lo relativo a la responsabilidad, prueba y calificación respecto del procesado, sean aceptadas por éste. Ello incluye también la conformidad con la petición punitiva oficial, su naturaleza, clase y monto.

Las partes, así, pueden disponer del objeto y de la pena, y si el tribunal lo acepta, se elimina, por la ley, toda la etapa del juicio y, tras el llamado de autos para sentencia, en el término de diez días debe dictársela. Este nuevo sistema —sobre la disponibilidad del objeto y pena— se nomina "juicio abreviado" (ver su análisis en el Cap. XXIII, II-d).

En el supuesto de que el tribunal no aceptara esta variante, por las razones que la ley prevé, entonces la vía a seguir es la del proceso común, llevando consigo la indisponibilidad del objeto, tal como lo explicamos de inicio y era lo tradicional.

IV. Unidad y pluralidad

1. Conexidad procesal. Problemas de competencia

a) *La unidad de objeto procesal*, representada por la ecuación simple de un hecho delictivo imputado a un sujeto, constituye la existencia de un solo proceso, del cual su materia, su tema a conocer y juzgar, es precisamente aquél.

El juez concentra su actividad investigativa y decisoria sobre él.

b) *La pluralidad de objetos procesales* se genera cuando a un solo sujeto se le imputan dos o más hechos. El sujeto vincula en su cabeza los distintos objetos procesales que se forman respecto de cada hecho que se le atribuye. Esos distintos objetos no son indiferentes entre sí, sino que están relacionados por un mismo sujeto; esa relación se llama *conexidad subjetiva*.

Pero, además de ella, existe, también, la que se funda en la multiplicación de sujetos respecto de un mismo hecho. Cada sujeto diferente imputado por un mismo hecho, da origen a su respectivo objeto procesal, que no resulta, tampoco, indiferente a los otros por cuanto se une a ellos en la unidad del hecho. Esta se llama *conexidad objetiva*.

Aun, resaltamos que la pluralidad se produce porque se multiplica uno u otro de los elementos constitutivos del objeto procesal: sujeto-hecho.

Más, hay otro caso que superando la mera conexidad de objeto procesal, vincula también los distintos objetos procesales. Éste es el que presenta lo que se conoce como *conexidad delictual*, porque el nexo radica de *hecho a hecho*. No se trata de un solo hecho que vincule varios sujetos, ni a la inversa un solo sujeto que lo haga con relación a varios hechos. Sino que un delito se vincula con otro. El ejemplo claro lo da el objeto procesal que queda constituido por un delito concreto, y a su respecto para prepararlo, facilitarlo, concretarlo, ocultarlo o asegurar su impunidad, otro sujeto comete otro delito. Ambos hechos delictivos están *ellos*, vinculados. *Hay conexidad de delitos*. Ella se da como una forma de *conexidad objetiva*.

c) *Acumulación*. La pluralidad de objetos procesales, genera la pluralidad de procesos. En cada uno de éstos debe el juez cumplir su función de conocer y juzgar su respectivo objeto y conviene para una más eficiente y rápida administración de justicia que esa función se cumpla concentrada en

un solo trámite y bajo un mismo juez, por lo que se propone que todos esos procesos múltiples se unifiquen en un solo continente, un solo "expediente". Para dar satisfacción a ello *esos procesos, saliendo de sus respectivas radicaciones en sendos juzgados competentes van a concentrarse en torno a uno*, junto con el cual tramitarán en el futuro. Ese procedimiento se denomina "acumulación" e implica una prórroga *legal* de competencia.

d) La acumulación por conexidad se inspira en razones de orden y economía procesal, *razones por las cuales* la regulación procesal de la misma tiene vigencia sólo para las competencias locales. Por ello la ley procesal penal nacional en esta materia sólo se aplica a su propia competencia y no a la de las provincias, ni entre ellas, ni la Nación y una de ellas, toda vez que tal materia está regulada por la Constitución Nacional (arts. 118 y 75, inc. 12). En síntesis las reglas de conexidad del Código Procesal Penal de la Nación son sólo aplicables a delitos de acción pública de competencia de los tribunales nacionales (art. 42).

Básicamente para que sobre la conexidad se disponga la acumulación debe mediar entre los delitos una estrecha relación vinculatoria dada entre ilícitos de igual naturaleza (se rechaza entre el que es de acción pública respecto del de acción privada) que presenten la vinculación de hechos y sujetos analizados. Pero esa vinculación tiene que ser apreciable de inicio, por cuanto cualquiera que ella sea como conexión final, cualquiera que pueda darse, entre los hechos delictuosos denunciados, en el futuro, si ellos se presentan *prima facie* como independientes no hay acumulación y deben ser investigados por los jueces que resulten competentes.

No resulta conveniente la acumulación de procesos de conformidad con las reglas que la autorizan, cuando las causas se encuentran en diverso estado procesal, sin que sea obstáculo para la aplicación de este criterio la eventual violación de las reglas establecidas por la ley de fondo para el caso de concurso por el art. 58, CPen., cuya aplicación como es obvio no puede acarrear los excesos de adición matemática lisa y llana, porque el sistema que ella adopta es el de la acumulación jurídica. Es decir, la solución sobre procesos tramitados por separado, es unificar la pena por el sistema de acumulación jurídica (art. 58, CPen.).

e) La conexidad y la acumulación que ella origina modifican la improrrogabilidad de la competencia (arts. 18, 1ª parte *in fine*; 41, 42). En efecto, cada órbita de competencia de cada juzgado absorbe únicamente todos los hechos cometidos dentro de sus límites, pero tal regla general se excepciona por la propia ley en una suerte de prórroga legal de competencia, cuando se presenta un caso de conexión. En esta situación el hecho que era ajeno a una competencia puede ingresar a ella atraído por otro hecho cometido en ella.

Dentro de la jurisdicción nacional, el Código regula esta excepción de la competencia por conexidad en su art. 41, en el que señala los casos que la ley acepta. Se dan los siguientes supuestos: 1) Cuando los delitos imputados han sido cometidos simultáneamente por varias personas; o aunque lo fueran en distinto tiempo o lugar, cuando hubiese mediado acuerdo entre ellos. Clara resulta en este caso la conexión de los delitos entre sí. Es conexidad delictiva que es un caso de conexidad objetiva. 2) Cuando un delito ha sido cometido para perpetrar o facilitar la comisión de otro, o para procurar al autor o a otra persona su provecho o la impunidad. Los hechos aquí tampoco resultan indiferentes entre sí, sino que su ligazón muestra su conexidad, también objetiva. 3) Cuando a una persona se le imputaren varios delitos. Ésta es conexidad procesal subjetiva.

Presentada esta multiplicidad de objetos procesales, en delitos de acción pública y dentro de la jurisdicción nacional, el Código manda acumular sobre el delito más grave; y si todos fueren iguales, sobre el hecho más antiguo y si fueren contemporáneos, sobre aquel en el cual se haya producido la detención y, en su defecto, sobre la que se hubiere instruido primero (art. 42).

Pero, en este estado, recordamos que esta excepción a la regla de improrrogabilidad de la competencia es sólo procedente cuando con ella pueda lograrse un mayor éxito judicial y un mejor ejercicio de la defensa, si esto no encontrare eco en la realidad concreta, la acumulación no se aplica: cada uno investiga y juzga por su lado —dentro de su específica competencia—. Todo sin perjuicio, luego, de la unificación de las penas conforme el art. 58, CPen. ya citado.

2. Orden de prelación cognoscitiva

La acumulación de procesos por conexidad, como excepción a la regla de improrrogabilidad de la competencia, sólo puede operarse dentro de las distintas competencias de una misma jurisdicción, circunstancia por la cual cuando los hechos conexos no presentan ese carácter, la acumulación se descarta y, en cuanto fuere procedente, se la sustituye con una prelación de conocimiento que la ley acuerda por rango a cada jurisdicción respecto de la otra.

De esta suerte se enfrentan la jurisdicción federal con la nacional y éstas a su vez, con la provincial. A ello se suma la militar.

Cuando se da el caso entre la federal y la militar frente a la nacional, la ley acuerda prioridad de juzgamiento a aquéllas, como jurisdicciones especiales. Pero, señalamos, que es respecto del juzgamiento, por lo que la

tramitación de ambos procesos puede ser simultánea, sólo excepcionable en supuesto de que la nacional entorpeciera el trámite o el derecho de defensa, en cuyo caso se paraliza (art. 19).

En cambio, cuando el caso se plantea entre la nacional y la provincial, aquélla juzga primero si el nacional es un delito más grave o más antiguo (art. 20).

En los casos analizados, la conexidad se rige por las mismas reglas de separación y espera.

3. Objeto procesal civil

El que dejamos conceptuado, individualizado, caracterizado e integrado, es el objeto procesal penal; el que constituye la materia, el tema, de un proceso penal o de varios acumulados en un solo expediente en virtud de la conexidad que entre ellos exista. Sobre él se construye y concreta, como finalidad impuesta y a alcanzar, la actuación del derecho material penal y, en su consecuencia, el advenimiento del derecho subjetivo del Estado de aplicar la pena.

Éste es el objeto principal. Sin él no hay nada.

Pero hoy, dado la vigencia del art. 29, CPen., es posible accionar, en el mismo proceso penal, pretendiendo, mediante la actuación del derecho civil material, la reparación e indemnización del daño causado por ese delito que se investiga y que es núcleo del objeto penal. Se pretende la declaración del derecho subjetivo del damnificado por el delito, a cobrar la indemnización que le corresponde por derecho.

Esto último da origen a un objeto procesal civil *accesorio del penal*, que se construye sobre el mismo hecho y el mismo imputado. Pero este último se amplía en cuanto abarca a los responsables civiles (padres por hijos menores; patrones por los actos de sus dependientes, etc.) que como terceros pueden ser embargados, en el curso de proceso y condenados, al fin, a indemnizar.

Este objeto accesorio opera sobre el penal; y sigue su suerte, toda vez que si este último se extingue durante el curso del proceso y antes de la sentencia, él es inocuo en sede penal. Pero tras ello y al momento de dictar sentencia se convierte en autónomo.

Es eventual, por cuanto aparece si, voluntariamente, el damnificado por el delito promueve acción indemnizatoria, pudiendo, además, ser actor (acusador) penal, en el proceso represivo.

Este objeto procesal debe ser trabajado en orden a la prueba de la existencia del hecho en la misma forma que el penal: no admite sino la acredi-

tación de la verdad real. Se nutre, en este extremo, de la prueba del hecho en el objeto penal.

Se debe complementar, más allá que éste, en lo que hace a los terceros civiles responsables y en todo lo que haga a la prueba del daño material causado y en las bases del daño moral.

Este objeto accesorio, voluntario en su introducción, es también voluntario en su mantenimiento, es decir es disponible para las partes, mediante los resortes legales, sin mengua del principal que es el objeto procesal penal.

V. Cuestiones prejudiciales

La existencia de un objeto procesal genera —como hemos dicho— un proceso; y la situación se repite con cada uno de aquellos que vayan surgiendo ya sea por conexidad subjetiva u objetiva, incluida la de delitos; aun cuando todos tramiten acumulados en un mismo expediente.

Esa unidad jurídico-procesal materia de cada proceso, demanda al juez su *conocimiento y juzgamiento*. Ello generalmente se satisface y agota dentro del objeto mismo, pero hay casos en los que esto no es así, sino que para completar el conocimiento sobre el hecho se impone el conocimiento de otro hecho que no forma parte del objeto procesal, incluso que puede estar fuera de la competencia territorial o por materia del juez que interviene.

Aparece de esta manera *otro hecho* que, a diferencia de los tratados hasta ahora, no se conecta con el del objeto procesal del proceso pero que entra en éste porque le es necesario como su condicionante. Surge así un hecho propio que es el condicionado y otro extraño que es el condicionante. Este último es la premisa lógico-jurídica necesaria del primero.

En efecto, en torno a él y su calificación legal se conoce por el juez respecto del presupuesto o presupuestos del hecho delictivo con relación al cual tiene que pronunciarse. Del condicionante conoce, pero no juzga; con ese conocimiento *integra el conocimiento del hecho* que tiene como objeto en su proceso y juzga a su respecto.

Si el objeto procesal incluye el hecho de apropiarse de una cosa mueble que se tenía obligación de devolver en virtud de un contrato previo que establecía la razón de la entrega y la obligación de devolver, es incuestionable que para *completar el conocimiento* de la tenencia de la cosa por el imputado, que pese a la demanda de devolución se niega a hacerlo e incluso cumple actos de posesión como dueño, es necesario conocer la fuente de la pretendida obligación de devolver. Así, es necesario *conocer otro hecho* que no integra el objeto de ese proceso e incluso es materia fuera de com-

petencia del juez penal, cual es el contrato que relaciona a las partes. Ese conocimiento previo, dentro del orden lógico, da la premisa al pleno conocimiento del hecho traído a sede penal. El juez conoció el hecho-contrato, pero no juzgó de él; sólo lo hizo respecto del condicionado por éste.

La situación de integración lógica del conocimiento del hecho del objeto procesal, con el conocimiento de otro hecho que no lo integra, no varía aun cuando este hecho, a su vez, sea también delito, pero que actúa como condicionante del sometido a juzgamiento. Por ejemplo: el encubrimiento por ocultamiento de cosas sustraídas, que impone el conocimiento previo (lógico) del hurto para colocarlo como premisa de aquél.

Lo mismo se repite en el supuesto de que el objeto procesal, tema de un proceso, sea el de haber contraído matrimonio subsistiendo vínculo matrimonial anterior, conocido o no por el otro contrayente y se invocare la nulidad del primer matrimonio. Si ese descargo no se hubiere invocado, todo conocimiento y juzgamiento se hubiere encerrado en la primera parte expuesta. Pero al aparecer la segunda, obliga a conocerla como premisa. Lo que ocurre en este caso es que el conocimiento previo es más complejo, toda vez que por imperio de la ley civil el conocimiento y juzgamiento de este hecho condicionante está vedado al juez penal y corresponde exclusivamente al juez civil. La sentencia que él emita sobre la nulidad (positiva o negativa) es la materia final que condiciona (ya conocida y juzgada) al objeto procesal penal.

Distinto es el caso en que la figura penal misma se integre con elementos normativos que, como meramente conceptuales, describan la acción típica que el juez penal debe conocer y juzgar. No hay otro hecho condicionante. Por ejemplo, en el caso de defraudación por conclusión de contrato simulado del que derive perjuicio para un tercero (art. 173, inc. 6°, CPen.), por cuanto si bien el juez debe manejarse con elementos todos normativos: actos simulados, contratos, y perjuicios vinculados a ellos, la conclusión misma del contrato es lo que tiene que conocer y juzgar. No tiene que conocer *otros hechos*, tiene sólo que saber derecho.

Esta integración cognoscitiva de hechos condicionantes del que, como condicionado constitutivo del objeto procesal debe ser conocido y juzgado por el juez de cada proceso, constituye lo que se denomina *cuestión prejudicial* (previa al juzgamiento).

Desde el punto de vista analítico se las divide según el hecho condicionante sea materia del derecho penal o ajena al mismo. Así es:

a) Homogénea

Cuando se funda en un hecho condicionante considerado en función del derecho penal. Ella a su vez ofrece la particularidad de que ese hecho, constitutivo también de delito, esté sometido al juzgamiento del mismo juez del hecho condicionado o, por el contrario, a otro diferente, por razones de competencia o de turno.

Si se tratare del mismo juez actuando en el mismo "expediente", en el que están *acumulados* los dos procesos, ya porque se iniciaron juntos o se acumularon luego por conexidad delictual, como sería en el caso del delito de encubrimiento por guarda de cosa hurtada y el hurto de esa cosa. El juez tiene que conocer y juzgar de ambos hechos en forma materialmente contemporánea. Pero lo cierto es que, desde el punto de vista lógico conoce y juzga primero del hurto y ello, como premisa previa y condicionante es luego usada para el juzgamiento del encubrimiento. Es intelectualmente sucesiva dentro del mismo expediente.

En cambio si se tratare de los mismos hechos precedentemente considerados; el hurto sometido a la competencia territorial del juez de la provincia de Buenos Aires, y el encubrimiento a uno ordinario de la Capital Federal, el proceder narrado no se puede repetir toda vez que este último es incompetente respecto del primero de los hechos. Entonces sólo *conoce del hurto* (no lo juzga) y coloca ese conocimiento como premisa lógica de su pronunciamiento sobre el encubrimiento. Ello con total prescindencia del juzgamiento del hurto ya sea absolutorio o condenatorio. Si fuere lo primero, la solución final está en el recurso de revisión del art. 479, inc. 1°, Código Procesal.

Ese *conocimiento* sin posibilidad de juzgar se nomina en doctrina "conocimiento incidental" o de mero tránsito y por él —que es el aceptado— se evita tener que paralizar el proceso condicionado a la espera de la resolución del condicionante.

b) Heterogénea

Se da en el caso de que lo condicionante sea referido a materia jurídica ajena a la penal, como pueden ser la civil, comercial, administrativa, etc., extremo por el cual por ser el juez penal incompetente en razón de la materia no puede nunca conocer y juzgar a su respecto.

Preséntase, pues, en este supuesto, la disyuntiva de tener que suspender el trámite del proceso penal a la espera de la resolución del proceso extraño a sede penal para obtener su premisa procesal o, lisa y llanamente, to-

mar conocimiento del hecho condicionante sin juzgarlo. Este último asimilaría la situación a la que se presenta en la homogénea, que recae bajo dos jueces dada la diferencia de competencias territoriales, y que se nomina conocimiento de tránsito o incidental.

El primer supuesto es el que afirmando una *prejudicialidad extrapenal absoluta*, bajo lo que denomina "prejudicialidad civil", obliga al juez penal a suspender, en todos los casos, su pronunciamiento hasta que el juez competente sobre la materia no penal de que se trate, se pronuncie.

En el segundo supuesto, totalmente a la inversa, se asigna al juez penal la facultad de conocer, en todos los casos de la prejudicialidad de naturaleza no penal, asentado de esta manera la *prejudicialidad penal absoluta*, por vía de conocimiento incidental o de trámite, lo que implica sólo conocer de la materia condicionante, pero no juzgarla; aspecto este que queda a cargo del juez a cuya competencia le está asignada aquélla. Que este último pueda juzgar en forma tal que altere el conocimiento incidental que funda el pronunciamiento penal, no cambia nada ni en lo penal ni en lo civil, salvo el caso de que por vía del pronunciamiento extrapenal se pretenda alterar el ya dictado en lo penal.

El absolutismo de ambos sistemas citados precedentemente, es dejado de lado por uno ecléctico que, bajo la designación de *prejudicialidad extrapenal relativa*, los compatibiliza concediendo al juez penal la facultad de conocer de la prejudicialidad extrapenal. Pero ello se excepciona únicamente en los supuestos que expresamente prevé la ley, en cuyo caso el fuero penal queda subordinado a aquel que se le impone esperar. Decimos subordinado porque *debe esperar*; lo que varía es si debe serlo para iniciar el proceso, o, por el contrario, para resolverlo. Como veremos, ambos temperamentos están insertos en nuestro derecho positivo.

Éste es el adoptado por nuestra legislación en cuanto por el art. 1104, CCiv. se establece que las únicas cuestiones prejudiciales serán: 1) las que versaren sobre la validez o nulidad de los matrimonios; 2) las que versaren sobre la calificación de las quiebras de los comerciantes.

Esta última debe ser eliminada, por cuanto jamás tuvo el carácter que le asigna esa norma civil, ya que tanto para el juez de comercio como para el penal, los hechos sobre los que versa la quiebra son los mismos que tipifican el delito de quiebra fraudulenta, de modo que no se da la condición de la prejudicialidad de que se trate de dos hechos (condicionante y condicionado).

Mantenida como única cuestión la de la nulidad de los matrimonios, debemos aclarar que, dentro de este sistema, no es que sea la única como

cuestión prejudicial, que como vimos son muchas, sino la única que extrapenalmente subordina el trámite del proceso penal.

Y respecto de este efecto difieren la ley civil, art. 1104, en cuanto impone que no habrá condenación en el juicio criminal, antes que la sentencia civil hubiere pasado en calidad de cosa juzgada y la regulación de la ley procesal penal nacional, que en su art. 10 dice que, si la existencia del delito dependiese de cuestiones prejudiciales cuya decisión competa exclusivamente a otra jurisdicción, el ejercicio de la acción penal se suspendería hasta que haya sentencia ejecutoriada en la cuestión prejudicial. Es decir: por la primera lo que no puede hacerse es dictar la sentencia de modo que el proceso se paraliza sólo en esta etapa; en tanto que por la segunda, lo que se suspende es la iniciación o la continuidad misma del proceso. Esta controversia se resuelve dando preeminencia a la ley sustancial nacional (CCiv.) por sobre la adjetiva o formal local (art. 10, CPP), por lo que la suspensión y, por ende, la subordinación procesal penal a la civil lo es sólo en la etapa de la sentencia.

La sentencia del juicio civil sobre el hecho de nulidad de matrimonio —en este único caso— influirá en el juicio criminal (art. 1105, CCiv.) según sea declarando la nulidad del vínculo o no, ya cerrando el caso penal (no hay vínculo previo), ya integrando el conocimiento penal, abriendo la posibilidad de la sentencia condenatoria (el vínculo subsistía y se contrajo pese a ello nuevo matrimonio).

CAPÍTULO IV

ORGANIZACIÓN JUDICIAL

SUMARIO: I. Organización de la justicia nacional en materia penal: 1. Disposiciones constitucionales y legales.— II. Justicia federal: a) En todo el territorio de la Nación; b) En la Capital Federal; c) Ciudad Autónoma de Buenos Aires.— III. Competencia penal nacional. Concepto. Distribución. Regulación normativa: 1. Concepto. 2. Distribución. 3. Regulación normativa.— IV. Incidencias sobre competencia. Formas. Trámite.

I. ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA NACIONAL EN MATERIA PENAL

1. Disposiciones constitucionales y legales

a) La Constitución Nacional en cumplimiento de sus previsiones programáticas asentadas en su *Preámbulo* respecto del afianzamiento de la justicia y conforme la forma republicana que adopta para su tipo de gobierno, en orden a la división de poderes del Estado (art. 1°), organiza la justicia desde el punto de vista nacional e impone a las provincias, de acuerdo con el régimen federal, que lo hagan también dentro de sus territorios, respetando sus poderes reservados y con ajuste a los principios fundamentales de la Nación (arts. 5°, 7°, 121, 122 y 123).

De esta manera es como surge, siguiendo el modelo de la Constitución norteamericana, la *Justicia federal* (jurisdicción federal) y la *Justicia nacional* (jurisdicción nacional). La primera extendida a todo el territorio de la Nación y calificada, junto con la militar, como "jurisdicción especial" y la segunda circunscripta a la Capital Federal, calificada como "jurisdicción común" (ver arts. 19 y 20, CPP). Toda ella frente a la *Justicia provincial* (jurisdicciones provinciales), llamada también "local".

En consecuencia, las respectivas regulaciones, tanto de los tribunales (organización del juez) por los principios del Código Procesal, desarrollados por las normas de la Ley Orgánica de Tribunales, como del proceso, dan origen a sendas legislaciones sobre la materia y se llega así a la existencia en nuestro país de veintitrés (23) códigos procesales penales y sus co-

rrelativas leyes orgánicas de tribunales, para la aplicación, tanto por la Nación como por las provincias de un solo Código Penal nacional, según el hecho caiga bajo sus respectivas jurisdicciones (art. 75, inc. 12, CN),

A efectos de armonizar y hacer efectivo el funcionamiento de la justicia en todo el país, la Ley Fundamental establece que los procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás, imponiendo por ley la fuerza probatoria de los mismos y los efectos legales que produzcan (art. 7°, *idem*).

Por razones obvias nos corresponde tratar aquí la organización de la *Justicia Penal de la Nación*, destacando de inicio que ella se distingue —en la actualidad, dada la provincialización de Tierra del Fuego, último territorio nacional— en justicia federal en todo el territorio de la Nación y justicia de la Capital Federal en la que coexisten la federal y la nacional. A todo el grupo federal, el Código Procesal lo califica de "especial" y al nacional de "común".

b) Excepcionalidad de la Justicia Federal. Es preciso tener presente en todo momento, para evitar excesos en reformas legales o resoluciones judiciales, que la jurisdicción federal no es originaria del Estado nacional, sino que ella existe por delegación de una reducida parte de los poderes provinciales cuyo resto mayoritario está conservado y ejercido por las provincias.

Por esa razón es que en cada una de ellas su respectiva justicia (calificada como común, ordinaria o local) tiene facultad exclusiva para conocer y juzgar todos los conflictos de intereses que frente al derecho pudieren presentarse y plantearse entre personas físicas o jurídicas privadas o públicas, por hechos ocurridos dentro de sus límites territoriales. Ésa es la regla general básica.

Excepcionalmente esta última se parcializa en mínima parte por delegación de poder al Estado nacional cuando los citados conflictos exceden los intereses locales y comprometen al todo de la Nación, tanto en su subsistencia como en su equilibrio funcional (soberanía o seguridad). En estos casos (se repite, excepcionales) por delegación general de los estados provinciales, se forma una Justicia, a cargo del Estado nacional, que es la Justicia Federal, para conocer y decidir en ellos.

La regulación básica que analizamos está impuesta por la Constitución Nacional en sus arts. 75, 108, 116, 117, 118; 121/123, 126, 127. La jurisdicción penal federal es la que luce entre todas como la más circunscripta. Queda estrictamente limitada a la órbita ineludible puesta de resalto en la primera parte de este mismo parágrafo y se analiza en el resto de este capítulo.

c) Caracteres de la Justicia Federal. Con ajuste a lo expuesto ella presenta los siguientes caracteres que son de absoluto e ineludible respeto:

1) Es de *excepción* tal como resulta del texto constitucional; los jueces federales sólo conocen y juzgan en los casos enumerados taxativamente en la Constitución Nacional, por lo que la ley regulatoria debe ser *expresa* y dentro de sus límites; es *restrictiva* y no puede extenderse a casos análogos.

2) Es *suprema* por cuanto sus resoluciones no pueden ser revisadas por un órgano superior a ella, como ocurre con la provincial que es revisable por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 14, ley 48).

3) Es *inalterable* por cuanto abierta en el momento del hecho, luego por cambio de circunstancias no puede modificarse.

II. Justicia Federal

a) En todo el territorio de la Nación

El Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación, según resulta textualmente del art. 108, Constitución Nacional.

Así, teniendo por cabeza del poder y como el más alto tribunal del país a la Corte, la justicia de la Nación extiende su competencia a todo el territorio de la República, sin distinción de divisiones políticas provinciales, a los efectos de mantener una uniforme aplicación de la Constitución Nacional; de las leyes nacionales dictadas en su consecuencia y de los tratados con potencias extranjeras, en lo que comprometa la soberanía y seguridad, su moneda, sus rentas, actividad específica de sus funcionarios en lo que sea parte la Nación y todo lo que respecto de ello pueda ser afectado por delitos. Y también, en consecuencia, para poder dirimir las cuestiones de competencia, planteadas entre jueces especiales federales o entre ellos con los provinciales o con los nacionales comunes de la Capital Federal y de éstos con aquéllos.

A este Tribunal Supremo para toda la República, emergente de la misma Constitución Nacional, que es la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se agrega hoy, conforme con el nuevo Código Procesal Penal nacional (art. 23) y la Ley Orgánica de Tribunales Penales de la Nación (art. 7°, ley 24.050), como tribunal con alcance general para toda la República en la competencia penal nacional: la Cámara Nacional de Casación Penal.

1) Corte Suprema de Justicia de la Nación

Por la letra de la Constitución Nacional de 1853 la Corte estaba integrada por nueve jueces y dos fiscales y así funcionó durante la instalación del gobierno nacional en el territorio federalizado de la provincia de Entre Ríos, organizada junto con el resto de la justicia, por la ley 182 del 28 de agosto de 1858.

Finalizada la época de secesión con la incorporación de Buenos Aires a la Confederación y realizada la reforma de 1860, el art. 94, CN quedó plasmado en la forma transcripta al principio, sin la indicación de la composición numérica. Por ello, al dictarse la primera ley orgánica de la justicia nacional, la ley 27 del 26 de octubre de 1862, se fijó para la Corte la integración con cinco miembros y un procurador general. La misma ley también creó en todo el territorio nacional, a razón de uno por cada provincia, a los que designó como jueces de sección y que no son sino los actuales jueces federales.

Los jueces (ministros) integrantes de la Corte, con la excepción del año 1960 (ley 16.271) en que fueron elevados al número de siete, siempre se mantuvieron en el de cinco, con la autorización para dividirse en salas de acuerdo con el reglamento que a tal efecto se dictara. Hasta que esto ocurriera funcionaría como cuerpo único por mayoría de votos que es lo que sucedió.

En marzo de 1990, se aumentó por ley a nueve miembros funcionando en cuerpo único por mayoría de votos.

En ocasión de que el número de sus miembros quedare incompleto ya sea por recusación, impedimento, vacancia o licencia de alguno de ellos, el tribunal circunstancialmente, tiene que integrarse con conjueces, abogados de la matrícula, que son seleccionados formando una lista de la que se extrae el que va a integrar la Corte, con rango de ministro para el caso de que se trate. En la reforma de 1988 dicha lista quedó como supletoria, por cuanto la integración se produce con los presidentes de cámaras federales de todo el país por sorteo. Si ellos se excusaran y el número no alcanzara para el reemplazo y no estuvieran designados por el sistema del "acuerdo" del Senado y decreto del Poder Ejecutivo, los ministros sustitutos, se tomarán de la antigua lista de conjueces, según corresponde.

A este tribunal se accede, ya en forma directa en todos los asuntos en los cuales tiene competencia originaria; ya por vía de apelación extraordinaria en los casos que presentan alguna contradicción con normas de la Constitución Nacional (recurso extraordinario del art. 14, ley 48 y art. 22, CPP) y, en caso de denegatoria del recurso que debe ser interpuesto ante la

cámara que dictó la sentencia definitiva, el recurso de queja por apelación denegada, ante la Corte misma. Se accede también, según los casos, por vía del recurso de revisión y por último, como tribunal ordinario de apelación en tercera instancia y tribunal, para fueros distintos, en la resolución de cuestiones de competencia (ver en gral. art. 24, dec.-ley 1285/1958).

Este tribunal así caracterizado, conforme con el art. 22, Código Procesal y art. 6°, ley 24.050 —Orgánica de Tribunales— en materia penal conocerá originariamente (arts. 116 y 117, CN) de las causas criminales concernientes a embajadores, ministros o agentes diplomáticos extranjeros; a las personas que compongan la legación, a los individuos de su familia o servidumbre, del modo y en los casos en que una corte de justicia puede proceder con arreglo al derecho internacional.

En estos casos penales de competencia originaria de la Corte Suprema, las funciones del juez de instrucción serán ejercidas por uno de sus miembros.

Para las implicancias durante su secuela, como para su debate en juicio y su dictado de sentencia, la Corte cumplirá las funciones de la cámara de apelaciones y del tribunal del juicio, respectivamente y su sentencia será irrecurrible (art. 6°, cit.).

Ante ella operando como tribunal de juicio, actuará el procurador general de la Nación. Y lo hará también durante la instrucción, siempre como representante del Ministerio Público Fiscal.

También se accede a la Corte por vía de recurso ordinario, con el procedimiento específico que para el caso prevea la ley especial.

2) Cámara Nacional de Casación Penal

Este tribunal ha sido creado por el Código Procesal Penal de la Nación y organizado y regulado por la Ley Orgánica de Tribunales 24.050, para cumplir una función con alcance nacional de total custodia en la aplicación de las leyes y de unificación de jurisprudencia y determinación de la doctrina aplicable para los tribunales penales nacionales, tanto federales como nacionales de la Capital Federal.

Está compuesto por trece miembros divididos en cuatro salas y presidido por uno de ellos, que no integra sala. Extiende su competencia territorial a todo el país que se comporta así como única jurisdicción. En tanto que, en razón de la materia procesal, es competente en toda la que se le atribuye por el Código Procesal y las leyes especiales.

Desde el punto de vista de sus facultades reglamentarias tiene la atribución de dictar su propio reglamento para regular su propia organización

funcional interna, fijando las obligaciones de sus miembros, la distribución de su trabajo y de todos sus funcionarios y empleados que están bajo su superintendencia y, con relación a todos los tribunales nacionales y federales que de ella dependen con extensión a todo el país, ejerce también funciones de superintendencia, limitada sólo por lo que le imponga la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Tiene su asiento en la Capital Federal.

Puede delegar sus funciones superintendentes en las cámaras federales o tribunales de juicio cuando y en la medida en que estime proceder.

Las vías de acceso jurisdiccional están dadas por el Código Procesal Penal en cuanto instituye y regula: 1) el recurso de casación cuya finalidad es evitar la inobservancia de las leyes de fondo y forma y corregir los errores de interpretación legales por parte de los tribunales inferiores (arts. 456 a 473); 2) el recurso de inconstitucionalidad que repara las resoluciones definitivas que se funden en leyes, ordenanzas, decretos, reglamentos, que se tachan como contrarias a la Constitución Nacional y hayan sido invocados en dichos pronunciamientos en contra de las pretensiones del recurrente (art. 474, inc. 3°); 3) el recurso de revisión que permite la anulación de sentencias definitivas en circunstancias muy graves que taxativamente indica la ley, referidas a flagrantes y terminantes conflictos de contradicción con otra sentencia también firme, ya respecto de los hechos o ya de la prueba en que se fundó para condenar; y en su caso, cuando la ley aplicable deja de tener vigencia total o parcial, siendo la nueva más benigna para el condenado (art. 47).

En ocasión de apertura de la instancia de este tribunal por cualquiera de las vías indicadas, puede darse el caso de que la parte recurrente invoque en cualquier estado del trámite antes del dictado de la sentencia, una resolución de la cámara que le fuere favorable y que luego la sentencia dictada por la sala interviniente se pronunciara en contra de ese precedente. Para evitar este conflicto de doctrina aplicable, la ley orgánica crea un remedio que no viene a ser sino un recurso de inaplicabilidad de ley (art. 11) que produce la reunión del tribunal en pleno para unificar su criterio (art. 10).

3) Justicia nacional distrital

Encabezados por los dos tribunales tratados precedentemente —que tienen su competencia total territorial en todo el país, actuando en una única jurisdicción— se instituyen otros, también nacionales, distribuidos en todo el territorio de la Nación, pero con competencia territorial zonal delimitada en lo que la ley orgánica de la justicia penal nacional (ley 24.050) impone

como distritos judiciales. De estos últimos regula un total de dieciséis, divididos en secciones; quince de ellos que particulariza, luego, como federales. El último se refiere a Capital Federal, en la que al lado de la citada justicia federal, está la nacional de la Capital Federal. La ciudad, a los efectos de la actuación de esta última, se divide en siete zonas judiciales, en cada una de las cuales se nuclean, en distinto número y según la densidad de población, las cincuenta y dos seccionales de policía (arts. 3° y 5°, ley orgánica).

Ofrecido ese cuadro distributivo general, la ley orgánica dice que "cada distrito judicial contará con: tribunales orales, cámara de apelaciones y los juzgados que la presente ley y leyes especiales le asignen" (art. 4°).

De esta suerte, la justicia distrital federal contará en cada uno de los citados distritos, incluido el de la Capital Federal, con una Cámara Federal de Apelaciones, con los tribunales orales de juicio y con los juzgados que en particular se les asignen (art. 4°, *idem*).

b) En la Capital Federal

En lo que hace a la Capital Federal, la justicia nacional asentada en ella, aparte de la federal ya citada, divide su distrito en zonas judiciales, presidida por una Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional a la que se agregan, también, los tribunales orales de juicio y los juzgados. Estos últimos son: de instrucción, correccional, de menores, de ejecución y de exhortos (arts. 25 a 30, CPP y arts. 12, 18, 22, 26, 28, 29, Ley Orgánica de Tribunales 24.050).

Por la ley orgánica actual y en función de la ley de creación de la justicia en lo penal económico de la Capital Federal, cuya vigencia aquélla mantiene, se organiza esta justicia, al lado de la nacional de la Capital Federal y en su distrito judicial, también con una Cámara de Apelaciones, tribunales orales de juicio y juzgados (arts. 19, 13 y 25, ley orgánica cit.).

Respecto de estos tribunales tanto la ley orgánica como el Código Procesal regulan su competencia territorial y por materias (respecto de la penal económica, sólo lo hace la ley orgánica).

1) Cámara de Apelaciones

Ésta conocerá básicamente, tanto la nacional de la Capital y las federales, en: apelaciones interpuestas contra las resoluciones de los jueces; de los recursos de queja por petición retardada o denegada por ellos; en las cuestiones de competencia de su fuero y localización (arts. 24 y 31, CPP). En todos esos casos este tribunal se comporta como tribunal de alzada (arts.

18, 19, 20 y 21, ley orgánica). En todos los casos, menos en el de penal económica, ellos estarán integrados por tres salas de tres miembros cada una y un presidente común (art. 18 *in fine*). La penal económica sólo tendrá dos salas de tres miembros cada una y un presidente común (art. 20 *in fine*).

2) Tribunales orales de juicio

Estos tribunales son el núcleo de la nueva justicia penal nacional.

En ellos —tanto federal, como nacional de la Capital, y penal económico— se tramita en instancia única y en forma oral y pública el "juicio" con el debate que él implica para las partes y la deliberación y sentencia para el tribunal.

Su trabajo y el de las partes se sustentará inicialmente (requerimiento de elevación) sobre los elementos de conocimiento, suficientes en cantidad y calidad, que les brinde la instrucción que necesariamente le debe preceder. Luego esa prueba y la nueva, para que valga debe incorporarse en la etapa de "juicio".

Integrados en cuerpo único de tres miembros cada uno y presididos por uno de ellos por turnos rotativos, según su reglamentación, y un solo secretario, en número suficiente según el distrito judicial de que se trate, tendrán facultad para *juzgar* de los delitos atribuidos a su competencia. Ellos son todos los comunes tipificados por el Código Penal menos los asignados a la justicia federal y penal económico, para los tribunales de la Capital Federal (arts. 12, ley orgánica y 25, CPP).

A los efectos de clarificar lo que antecede, señalamos que menos los federales y penales económicos, le corresponden en la Capital Federal todos los restantes. Los federales son:

a) Los delitos cometidos en alta mar, a bordo de buques nacionales o por piratas, ciudadanos o extranjeros;

b) Los cometidos en aguas, islas o puertos argentinos;

c) Los cometidos en el territorio de la Capital o en el de las provincias, en violación de las leyes nacionales, como son todos aquellos que ofenden la soberanía y seguridad nacionales, o tienden a la defraudación de sus rentas u obstruyan y corrompan el buen servicio de sus empleados, o violenten o estorben la correspondencia de sus correos, o estorben o falseen las elecciones nacionales, o representen falsificación de documentos nacionales, o de moneda nacional o de billetes de bancos autorizados por el Congreso;

d) De los de toda especie cometidos en lugares o establecimientos donde el gobierno nacional tenga absoluta y exclusiva jurisdicción, exceptuados los que expresamente se atribuyan a los jueces ordinarios de la Capital Federal;

e) Los previstos por el art. 210 bis y en el Título X del Libro II del Código Penal;

f) Los previstos por los arts. 142 bis, 149 ter, 170 y 189 bis, CPen. Todo conforme los arts. 33 y 32, CPP.

3) Juzgados nacionales

Siempre sobre la base de la distinción distrital judicial y dentro de ella, para el de la Capital Federal zonificado, debemos decir que la instrucción de los procesos está a cargo de los jueces federales, de los nacionales en lo criminal de instrucción, de los nacionales en lo correccional, los de menores o de los penales económicos, según el hecho caiga en sus respectivas competencias.

Así el de instrucción interviene en todos los delitos no asignados a federal y penal económico, sin perjuicio de su facultad de delegar la investigación en el agente fiscal (art. 26, CPP). Pero de tal competencia debe restarse la correspondiente al juez correccional, que debe intervenir respecto de delitos reprimidos con pena no privativa de libertad y en éstos en los que ella no exceda de tres años de prisión (art. 27, CPP).

En lo referente al juez federal, con la misma facultad de delegación en el agente fiscal, tiene la misma actividad investigatoria que el de instrucción pero sólo en la órbita de los delitos asignados a la competencia federal ya analizada (art. 33, CPP).

Lo mismo pasa con el juez penal económico.

Además de los que anteceden, en el área de la Capital Federal, para la justicia común, existe el juez correccional, que tiene competencia para entender en todos los delitos de acción pública cuya pena privativa de libertad no exceda de tres años; o en aquellos que no estén reprimidos sino por multa e inhabilitación. Teniendo en esos casos competencia para instruir y juzgar. Pero además se le suma el juzgamiento de los delitos de acción privada (conf. arts. 23, ley orgánica y 27, CPP).

Estos juzgados, como que asumen la facultad del juicio, tienen asignadas dos secretarías: una instructoria y otra de juicio.

Se suman también a ellos los juzgados nacionales de menores, dentro del distrito judicial que a cada uno le fuera asignado (art. 24, ley orgánica), los que conocerán y juzgarán en los delitos en que figuran como autores menores de dieciocho (18) años de edad y que se los reprime con pena privativa de libertad menor de tres años (art. 29, CPP); pues para los que la excedan dicho juez actúa sólo como instructor. El juzgamiento corresponde al tribunal de juicio de menores (art. 28, CPP).

El juzgado de ejecución, ante la cuantía de los demás, es el que se instituye para, a partir de la sentencia ejecutoriada o del auto que impone vigilancia (ya por liberación provisional, ya por suspensión a prueba del proceso, ya por conflictos en la ejecución, ya por liberación condicional, o vigilancia en la condicionalidad de la condena), el contralor de respeto a las garantías constitucionales en el régimen punitivo y de cumplimiento de la pena misma o condiciones impuestas al procesado; como así también todo lo que se refiere a la extinción, conmutación o suspensión de la pena (art. 30, CPP). Funciona asistido por el equipo interdisciplinario más completo que pueda concebirse en materia de integridad personal —física, orgánica, psiquiátrica, psicológica, social e intersocial y penológica— con delegaciones organizadas en los establecimientos carcelarios (art. 29, ley orgánica). Quiera Dios que esa previsión no se frustre con las mezquindades humanas y presupuestarias que siempre han distinguido a los hombres nuestros y de todo el mundo.

El juzgado nacional de rogatorias, creado por una ley anterior (la 22.777) independiente de las reglas del Código y de la actual Ley Orgánica de Tribunales, cumple funciones específicas que aquella ley le asigna y que se sintetizan en lo fundamental en el trámite centralizado de los exhortos interjurisdiccionales y extrajurisdiccionales, librados de tribunal a tribunal solicitando o cumpliendo medidas procesales a llevarse a cabo en competencia territorial del rogado. La actual Ley Orgánica de Tribunales (24.050) lo único que hace a su respecto es mantener su existencia y remitirse a su competencia de origen y la que le puedan asignar leyes especiales (art. 28).

c) Ciudad Autónoma de Buenos Aires

La reforma constitucional de 1994 cambió el régimen institucional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a la que le confirió la jerarquía de ciudad-estado bajo la forma republicana de gobierno con la facultad de dictarse su propia Constitución, a la que denominó "Estatuto Organizativo"; nombre éste que como el de "Ciudad Autónoma" no le quita su similitud con los estados provinciales, respecto de los cuales sus mismos atributos soberanos son: 1) Constitución; 2) régimen republicano representativo; 3) integración del Congreso de la Nación: diputados y senadores; 4) la *jurisdata* —poder legisferante— y la *jurisdictio* (jurisdicción), tienen los mismos encuadramientos y limitaciones que las provincias. Su Poder Ejecutivo —jefe de Gobierno—, vice jefe de gabinete y su jefatura y la autonomía de sus funciones son también paralelamente equiparadas.

Nacida, así, viene desde 1994 a ofrecer un nuevo panorama diferente al existente hasta ese momento que era en toda su extensión un distrito federal dentro de cuyos límites tenía su asiento la Capital Federal de la República. En tal virtud, siendo su calidad la de un simple municipio, carecía de toda autonomía y se encontraba sometida al Gobierno nacional que era el que dictaba sus leyes, instituía su Poder Judicial y nombraba su "intendente".

Respecto de su Poder Judicial la anterior calidad que hemos señalado impuso que la Justicia en ese distrito judicial se dividiera en: 1) Justicia Federal, con la misma estructura, integración y limitaciones que la del resto de todos los otros distritos instituidos en el territorio nacional, coincidiendo también con el respeto de sus respectivas jurisdicciones; 2) Justicia ordinaria o local que al igual que las provinciales conoce y juzga de todos los delitos comunes que no comprometen la soberanía, seguridad o intereses generales de la Nación. Pero dado su ubicación en un distrito federal, sin cambiar nada más que su nombre, al lado de la federal, la llamó "Justicia Nacional".

Este cuadro institucional se modificó totalmente a partir del año 1994, por las razones y causas señaladas en el primer párrafo de este apartado. Ya ahora no se trata de una ciudad federalizada, sino de un Estado local dentro del cual funciona el Gobierno nacional y actúa, en lo que a su materia hace, un distrito de la jurisdicción federal igual que en el resto del país. Porque lo local no está más en el ámbito nacional, sino en el estrictamente local, la justicia común no puede seguir llamándose "nacional", porque no lo es. Rigen a este respecto todos los principios válidos para el resto del país, que conforman a la federal como justicia de excepción, exclusión, precisa y limitada.

Rigen el análisis que antecede los arts. 5°, 7°, 44, 45, 75, 108, 116, 117, 125, 126, 129; disposiciones transitorias cuarta y décima de la CN.

Cuando se concrete la transferencia de la justicia que se denominaba "nacional" a la Ciudad Autónoma quedará sin distinción, en forma clara y precisa, establecida para todo el país, la división entre Justicia Federal o Especial y Justicia Local o Común actuando en sus respectivas jurisdicciones.

III. Competencia penal nacional. Concepto. Distribución. Regulación normativa

1. Concepto

Hemos señalado los distintos órganos judiciales nacionales que, desde el más alto rango hasta los inferiores, cubren todo el territorio de la Na-

ción, sin perjuicio de las autoridades judiciales que las provincias organizan en sus respectivos territorios.

Todos esos tribunales están investidos del poder de investigar, unos; otros de juzgar y otros de conocer y juzgar, los hechos que les son sometidos, aplicando en cada caso la ley de fondo que corresponda e imponiendo la sanción que ella instituya. Ese poder es el que se designa como jurisdicción. El es genérico y como poder es igual para todos los jueces.

Por razones de especialización por materias, por circunstancias de extensión territorial, de lugar, de personas, órganos públicos o privados, esa facultad genérica, en lo que a su ejercicio hace, es regulada por la ley estableciendo ámbitos de ejercicio, cada uno de los cuales y todos en general se denominan competencia. Así surge la competencia territorial que se determina por el ámbito geográfico (nominado: sección, distrito, circunscripción, zona, departamento, etc.), dentro del cual la comisión de un delito genera la facultad-obligación de intervenir al juez que esté a cargo del mismo. Así también, dentro de ella, según intervengan en el delito como autores o víctimas funcionarios públicos o personas particulares; o los damnificados sean el Estado nacional, provincial o municipal, etc.

2. Distribución

Respecto de cada tipo de tribunal, tanto el Código Procesal Penal, como las leyes orgánicas de tribunales, han establecido las materias de sus respectivas competencias en previsiones expresas, partiendo del axioma de que con relación a ellas para determinar la competencia en cada caso concreto se tendrá en cuenta no sólo la naturaleza del delito, sino también las circunstancias especiales en que se haya producido, según puedan apreciarse a primera vista en el lugar de su comisión. Y si el lugar en que se ha cometido el delito fuere desconocido, el juez competente será el del lugar en que se hubiese producido el arresto que será preferido al de la residencia del culpable, a menos que este último hubiere prevenido en la causa. Y cuando hubiere dudas respecto del lugar en que se hubiere cometido el delito, será competente el juez que prevenga en la causa. En caso de delito continuado o permanente, lo será el de la circunscripción judicial en que cesó la continuación o la permanencia. En caso de tentativa, lo será el de la circunscripción judicial donde se cumplió el último acto de ejecución (arts. 34, 37 y 38, CPP).

3. Regulación normativa

La atribución de la competencia de cada tribunal es cumplida en forma expresa por la ley y es de tal naturaleza que resulta inmodificable por

acuerdo de partes, o conveniencia de los tribunales mismos, extremo por el cual se declara que la *competencia criminal es improrrogable* (art. 18, CPP).

Es decir, que la única posibilidad de prórroga, esto es de que pueda intervenir otro tribunal penal distinto de aquel que estuviere determinado por la ley genérica, es la de que esa misma ley lo permita en previsión expresa. *Sólo hay prórroga legal.*

Ello traza una diferencia tajante con el proceso civil, en el que sí está permitida la prórroga por acuerdo de las partes.

Esa prórroga legal de la competencia en materia penal está expresamente instituida y regulada por el Código Procesal Penal, en lo que hace a los casos de conexidad objetiva delictual y procesal subjetiva, que generando acumulación de procesos, contempla en los arts. 41, 42 y 43.

Conceptuada de tal manera la competencia penal nacional y establecido el principio general de determinación, dentro de cada grupo de atribución, mediante el lugar de comisión; como así también la improrrogabilidad de la misma salvo casos excepcionales establecidos por la propia ley, débese destacar que el propio Código, complementado por las leyes orgánicas de tribunales, fija la competencia de cada tribunal nacional en la forma en que, tribunal por tribunal, hemos destacado y analizado precedentemente.

Cada tribunal tiene así su propia materia específica en la que tiene que intervenir.

IV. Incidencias sobre competencia. Formas. Trámite

Cuando las partes estimaren que el hecho delictivo concreto imputado al conocimiento de un juez escapa a su competencia asignada por la ley en la forma consignada precedentemente, surge lo que se denomina cuestión de competencia.

Éstas pueden ser clasificadas según ante quién se promuevan en: a) *Inhibitoria* si se la opone ante un juez distinto de aquel que en ese momento está entendiendo en el proceso, por considerárselo incompetente y estimar que el hábil es ése ante quien se deduce el reclamo.

b) *Declinatoria* cuando se la promueve ante el juez al que se considera incompetente y que estando tramitando el proceso se aspira, por el que hace el planteo, que él mismo declare su declinación de competencia; que resuelva su incompetencia y remita la causa al que tenga aptitud legal para intervenir.

Tanto una como otra forma están distinguidas y conceptuadas coincidentemente con lo expuesto en los arts. 45, 47 y 48, CPP.

Desde el punto de vista del tratamiento conferido por la ley a cada una de estas formas, debe señalarse que ésta se ocupa de regular en el art. 47 el trámite de la inhibitoria, en tanto que en lo que hace a la declinatoria se remite a la forma establecida para las excepciones de previo y especial pronunciamiento (art. 48).

El planteo de la inhibitoria puede ser promovido por el Ministerio Fiscal y las otras partes ante el juez que se considera competente para que éste reclame al que está interviniendo que reconozca su competencia y le remita la causa. La elección de esta vía implica cerrar la de la declinatoria, por lo que debe manifestar expresamente en su escrito de inicio de la cuestión que no ha usado de la otra. Si no fuere fiel, aunque se resolviera a su favor se lo sanciona con la imposición de las costas a su cargo.

Si sobre la base del ocultamiento, coexistiendo ambas vías, se arribara a pronunciamientos contemporáneos y contradictorios, prevalecerá el que se hubiere dictado primero (art. 45).

El conflicto que se da cuando dos tribunales se declaran simultánea y contradictoriamente competentes o incompetentes para juzgar un delito, será resuelto por la cámara de apelaciones superior del juez que previno (art. 14).

El planteo de competencia se promoverá por escrito y el tribunal ante el cual se proponga resolverá dentro de tercero día, previa vista al Ministerio Fiscal, en su caso, por igual término.

Téngase en cuenta que este tribunal no tiene a su cargo la causa, por lo que tras la vista al fiscal, resolverá. El trámite es corto, se reduce a lo expuesto.

Si la resolución fuere contraria a la pretensión y se rechazara el requerimiento de inhibición, dicha resolución será apelable para ante la cámara de apelaciones (arts. 47, inc. 2° y 25, inc. 3°).

En tanto que si se hiciere lugar, el juez librará oficio de inhibitoria dirigido al juez al que se le pide que deje de intervenir. Dicho oficio se acompañará del testimonio del planteo, del dictamen fiscal y de la resolución que hace lugar y, en su caso, de toda otra pieza que fuera útil para resolver la competencia.

Ese oficio y sus piezas ingresan en el juzgado requerido, el que debe correr vista por tres días al Ministerio Fiscal y a las otras partes. Nótese que aquí la vista es amplia en cuanto a las partes, por cuanto es allí donde está toda la causa.

Sobre la base de todo lo actuado el juez dictará resolución.

Si es positiva y hace lugar a la inhibitoria, los autos serán remitidos oportunamente al tribunal que planteó la cuestión, poniendo a su disposi-

ción al imputado y a los elementos de convicción que hubiere. Por cierto que esta resolución es apelable por los que se hubieren opuesto.

Pero si es negativa y se rechaza la inhibitoria, esta resolución debe ser comunicada al juez requirente, pidiéndole que conteste si se aviene y reconoce la competencia o, en caso contrario, que remita los antecedentes a la cámara de apelaciones.

Por recibido el oficio, el tribunal que propuso la inhibitoria resolverá en el término de tres días y sin más trámite, si sostiene o no su competencia; en el primer caso remitirá los antecedentes a la cámara y se lo comunicará al tribunal requerido para que haga lo mismo con el expediente; en el segundo, se lo comunicará al competente, remitiéndole todo lo actuado. Todo ello se resolverá previa vista del fiscal por tres días y por evacuada, dentro de los tres días.

En lo que hace a la oportunidad en que la cuestión puede ser introducida debe destacarse que la ley la señala "en cualquier estado de la instrucción y hasta antes de fijada la audiencia para el debate..." (art. 46).

Nótese que si bien ello es claro en lo que hace a la "instrucción", parecería no serlo en el tramo que cubre el inicio del "juicio". En efecto, elevada la causa al tribunal de juicio, ello se cumple después del auto de clausura de la instrucción (art. 353), y así parecerá que hay una contradicción entre las dos oportunidades legales. Pero lo cierto es que en los preliminares del juicio todavía se puede producir instrucción suplementaria, oponer excepciones y decir de incompetencia, lo cual crea la necesidad de pronunciamiento incluso en la parte inicial de la primera audiencia de comienzo del "debate" (arts. 358 y 376, párr. 2º).

En lo que se refiere a la incidencia que el planteo puede tener en el curso del proceso, en tanto se tramita y resuelve, la situación varía según ello sea introducido en el curso de la instrucción, en cuya oportunidad el planteo *no suspenderá* dicho curso, que será continuado: a) por el tribunal que primero conoció la causa; b) si dos tribunales hubieran tomado conocimiento de la causa en la misma fecha, se continuará la instrucción por el requerido de inhibición (art. 49).

En lo que se refiere al planteo de inhibitoria hecho antes de la fijación de la audiencia para el debate, éste suspenderá el curso del proceso hasta la decisión del incidente (art. 49, última parte).

Concluida la tramitación del planteo y resuelto con el cese de la competencia, en orden a la suerte de los actos ya cumplidos durante la instrucción, el art. 50 los declara válidos, sin perjuicio de que si el juez declarado competente lo estimara proceder los ratifique o amplíe.

Todo lo que antecede, promovido a petición de parte, no obsta a que en el orden de la competencia territorial, el propio tribunal que en cualquier estado del proceso reconozca su incompetencia, la declare y remita las actuaciones al competente y ponga a su disposición a los detenidos (art. 39). Y esta declaración de incompetencia territorial no producirá la nulidad de los actos de instrucción ya cumplidos (art. 40).

En cambio, la incompetencia por razón de la materia deberá ser declarada aun de oficio en cualquier estado del proceso, ante lo cual el tribunal que la declara remitirá las actuaciones al que considere competente, poniendo a su disposición los detenidos que hubiere. Sin embargo, si el proceso ha avanzado hasta la fijación de la audiencia para el debate sin que se haya planteado excepción de incompetencia alguna, el tribunal juzgará los delitos de competencia inferior (art. 35).

La inobservancia de las reglas para determinar la competencia por razón de la materia producirá la nulidad de los actos, excepto los que no pueden ser repetidos, y salvo el caso de que un tribunal de competencia superior haya actuado en una causa atribuida a otro de competencia inferior (art. 36).

La incompetencia por declinatoria se promueve por escrito y acompañada de la prueba documental que se invoque, por ante el juez que está entendiendo para que se desprenda de ella y la remita al que se considera competente. Esa interposición se hace por el régimen de las excepciones de previo y especial pronunciamiento, por lo que formando incidente se correrá traslado a las otras partes, se abrirá a prueba, se alegará y resolverá.

La oportunidad para ello es la de todas las excepciones: cualquier estado de la instrucción; cerrada ella, al inicio del "juicio".

En orden al trámite nos remitimos al de las excepciones en el capítulo correspondiente.

CAPÍTULO V

ACCIÓN PENAL

SUMARIO: I. Concepto.— II. Contenido y características: a) Publicismo; b) Unidad; c) Titularidad; d) Irrevocabilidad; e) Intransferibilidad.— III. Clasificación.— IV. Condiciones de procedibilidad.— V. Extinción: a) Generales; b) Particulares.— VI. Acción legalmente promovida.— VII. La acción civil en el proceso penal.

I. CONCEPTO

La acción es un instituto jurídico procesal autónomo, por medio del cual se materializa el derecho de peticionar ante la autoridad judicial (concretada en un órgano jurisdiccional) la actividad pública necesaria para conocer y juzgar respecto de una pretensión jurídica por ella presentada.

De esta manera la acción, frente a la jurisdicción, no es otra cosa que su estimulante, o, como se ha dicho, la fuerza motriz del mecanismo procesal.

Así presentado, el concepto de acción se desliga del derecho subjetivo. Y en vez de partir de él, tiende hacia él. Lo podrá alcanzar concretado en su reconocimiento y amparo ejecutivo en la sentencia que, de tal suerte, transformará la pretensión jurídica en derecho subjetivo. Pero también puede ocurrir que el pretendido derecho no exista, o no se lo pueda probar, extremo ante el cual la sentencia se pronunciará rechazando la pretensión jurídica.

En ambos casos ha existido acción y proceso válido porque en ambos la acción sirvió para poner en marcha la jurisdicción y obtener de ella un pronunciamiento respecto de la pretensión.

La consustanciación de la acción con el derecho subjetivo, de modo tal que éste se constituía en la base de aquélla, se presentó desde antiguo. Los romanos concebían la acción como el derecho de perseguir en juicio lo que es debido. Dicho enfoque que se traslada en el tiempo y hasta mediados del siglo XIX fue definido por los juristas como el derecho que nace de la existencia de un derecho subjetivo y su violación por obra de otra persona.

Esa afirmación clásica de que no hay acción si no hay derecho fue la que colocaba al procedimiento en dependencia con el derecho sustancial, como si fuera una parte de éste. Era el derecho de fondo mismo en pie de guerra para su propia defensa ante su violación. Ese derecho con casco y espada, como se dijo.

La desconexión de la acción del derecho subjetivo se produjo cuando en 1856 Windscheid, en Alemania, señaló que lo que produce la violación del derecho no es el nacimiento de la acción, sino de una pretensión jurídica. Sobre esta premisa se jerarquiza a la acción como el reclamo dirigido hacia el Estado para que éste conceda tutela jurídica mediante la sentencia favorable.

Queda de esta manera la acción liberada del derecho subjetivo, el que, a partir de ese momento y ante su violación, sólo genera pretensión jurídica. La acción ante tal desprendimiento, adquiere autonomía. Se coloca como el medio de presentar la pretensión y pedir ante la autoridad judicial la actuación del derecho de fondo.

Esta autonomía de la acción es la que hace nacer al derecho procesal como ciencia jurídica.

Concretando, eliminada la antigua autodefensa del derecho mediante el uso de la fuerza privada y asumida la defensa por el Estado por su fuerza pública, el particular que creyere violado su derecho tiene a su disposición los órganos jurisdiccionales, pero para poder recurrir a ellos se le debía proporcionar la forma de ponerlos en marcha. Esa forma es precisamente la acción procesal. La simple acción material es sustituida por la acción procesal.

Acción penal

Violación derecho material

Pretensión jurídica ⟶ Órgano ⟶ Derecho subjetivo

Acción procesal ⟶ jurisdiccional

II. Contenido y características

El contenido de la acción no es sino la pretensión jurídica que ella vehiculiza ante la jurisdicción.

Lo que ocurre es que esa pretensión varía de naturaleza según se refiera a la actuación del derecho de fondo civil o del penal.

En lo que hace a la primera, la pretensión se refiere a una relación o situación jurídica reglada por leyes no penales (civiles, comerciales, labora-

les, etc.) y en su consecuencia las posibilidades de su contenido se multiplican en tanto pueden referirse ya al reconocimiento de un hijo, ya a la anulación de un matrimonio, ya a la cancelación de una hipoteca, ya al cumplimiento de un contrato, que, avanzados a título de meros ejemplos, forman parte de las muchísimas posibilidades que tanto respecto de las personas como de las cosas contemplan las leyes civiles.

Distinta es la situación de la segunda, esto es, la actuación del derecho penal. Respecto de éste la aspiración no puede ser otra que la aplicación de una pena; es decir, el reconocimiento del derecho del Estado de someter a alguien al cumplimiento de una pena. Por ello es que se perfila y define, con toda claridad expositiva de su alcance, como *pretensión punitiva.*

Esta última se coloca así en la razón de ser de la acción penal, a tal punto que si aquélla no se dedujera como concreta aspiración de imposición de una pena, la acción penal carecería de un requisito indispensable, desembocando en un proceso sin objeto procesal, es decir sin tema, sin materia adecuada, lo que llevaría a la nulidad de todo lo que se actúe.

Nótese que lo que antecede vale únicamente, como la necesidad de que se concrete petición de imposición de pena: ello le dará contenido, como pretensión punitiva, a la acción penal deducida. Y ello es muy distinto de que lo que se proponga como hecho generador de esa consecuencia sea en efecto constitutivo de delito. Esto último, aun cuando sea defectuoso y el hecho propuesto no sea delito, no desbarata la efectiva deducción de la acción.

Con esa deducción se ha creado la necesidad de que el órgano se pronuncie. Si no es delito el hecho invocado, pues precisamente por ello no será generador de la punición a que con su invocación se aspira y por ello o se desestima el inicio del proceso, o se sobresee el sumario, o se dicta sentencia absolviendo. Todas, resoluciones jurisdiccionales dictadas con ocasión de una acción penal válida para promover proceso, pero sin eficacia para obtener la punición pretendida.

La acción penal de esta manera individualizada, ofrece un enfoque subjetivo en cuanto tiene en cuenta a la *persona que pide el proceso*, lo cual resalta nítido en su promoción por el Ministerio Fiscal en su pretensión de obtener el reconocimiento a favor del Estado del derecho de aplicar una pena: *acción positiva.*

Pero esa consideración subjetiva no se agota en cabeza del que pretende, sino que *abarca también al que se resiste*, se defiende y aspira a que se rechace la pretensión. Ello luce claro en los procesos por delitos de acción privada, calumnias e injurias, violación de secretos, competencia desleal, e incumplimiento de los deberes de asistencia alimentaria en el caso de que

la víctima fuera el cónyuge (art. 73, CPen.) y cuando el accionante querellante (art. 76, *idem*) no impulsa el procedimiento por lo que se declara su abandono (art. 422, CPP), en cuyo caso el querellado acusado tiene acción para pretender que el juez se pronuncie respecto del sobreseimiento que él pida como consecuencia del resultado negativo de la pretensión actora: *acción pasiva*.

Este aspecto de la situación es la que, para el derecho procesal civil, la doctrina nomina *acción negativa*. Por ella se comprende no sólo el simple derecho de resistir al actor, sino que incluye el de pedir una sentencia de desestimación no obstante el desistimiento del actor.

Individualizada por su contenido la acción penal, señalamos a continuación sus caracteres específicos. Los que completan tal individualización y la distinguen totalmente de la civil son:

a) Publicismo

La acción penal es de derecho público por cuanto con ella se peticiona ante un órgano público del Estado, que es su órgano jurisdiccional, que cumple una función pública.

Ello no se desnaturaliza ante la distinción que en orden a los tipos de acción penal hace el Código Procesal en sus arts. 5°, 7°, 65, 82 y 415, en cuanto a la que *ejercita el Ministerio Fiscal* (sin perjuicio del derecho que reconoce al particular ofendido de intervenir como parte querellante), la llama pública; en tanto que las que sólo pueden ser *promovidas y continuadas por el ofendido*, las rotula como privadas. Situación ésta que es similar a la distinción que la ley penal hace de las acciones públicas y privadas por la forma de su promoción y continuación (arts. 71, 72 y 73 y 76, CPen.). Esto es así por cuanto *la distinción sólo se hace en función del sujeto que la ejercita*. Pero tanto en uno como en otro caso, el ejercicio de la acción no cambia su papel de excitante de la jurisdicción para la prestación de la función pública de administrar justicia.

Por ello es que, en síntesis, la posición correcta sería la de hablar de acción *pública penal* de ejercicio de oficio o solamente de parte.

b) Unidad

Ya hemos señalado en el punto II de este capítulo que la pretensión jurídica que distingue a la acción penal es estrictamente punitiva. Ello no varía en ningún momento; es permanente respecto de todos los delitos. Cada tipificación delictiva que cumple la ley penal tiene prevista su específica

punición. De modo que aun cuando la clase de pena pueda ser para unos la privativa de libertad, para otros la multa, y en su caso la inhabilitación; o mezcladas en paralelas, conjuntas o alternativas, lo cierto es que siempre son punición. No hay una pena para cada tipo de delito que, a modo de protección del bien de que se trate (vida, integridad física, libertad, patrimonio, etc.), tenga especificidad suficiente para, apartándose de las penas que el Código establece (art. 5°, CPen.), le dé naturaleza propia, objeto y nombre propio. Siempre, se repite, se *aspira a imponer la pena*. Por ello es que la acción penal es unitaria.

En esto se diferencia de la civil a cuyo respecto y por la multiplicidad enorme de institutos de fondo hacia los cuales se puede dirigir la pretensión, se llega a distinguirlas en relación de esta última, creándose una suerte de *multiplicidad* práctica, que no tiene cabida en la penal.

c) Titularidad

En orden a la atribución del ejercicio de la acción pueden darse varios supuestos que, según cual sea el seleccionado, conferirá caracteres propios a la acción penal:

1) *Oficialidad*: cuando la titularidad es conferida a un órgano público del Estado especialmente preconstituido al efecto. Si éste, dentro del proceso, tiene su ejercicio y además concentra en sí la facultad de conocer y juzgar, como es en el sistema inquisitivo en el que el juez cumple esa función, la oficialidad es *indiferenciada*. En nuestro sistema procesal penal nacional por el Código Procesal de 1889 (viejo) hay una muestra de ello en cuanto se permite al juez iniciar por sí de oficio el proceso (art. 182).

En cambio, la oficialidad será *diferenciada* cuando el órgano público preconstituido a quien se le confiere la titularidad de la acción penal es diferente de la jurisdicción misma, como es el Ministerio Fiscal. En nuestro sistema nacional por el Código Procesal de 1992 (nuevo) ejemplo de ello es la atribución como titular de la acción penal pública conferida al Ministerio Fiscal para promover la averiguación y enjuiciamiento de los delitos que correspondan a la justicia federal o del fuero común, en el distrito en que ejerzan sus funciones y que llegasen a su conocimiento por denuncia o de oficio, pidiendo para ello la instrucción con las medidas que considere necesarias al juez de instrucción, salvo aquellos casos en que por las leyes penales no sea permitido el ejercicio de la acción pública (arts. 65, 188, 195, 196, 209, 210, 212 y 215).

2) *Disponibilidad*: cuando, a contrario del precedente, la titularidad de la acción penal se atribuye a particulares. A este respecto se da el caso

de que la atribución sea total e indeterminada respecto de cualquier particular sin condicionar a relación alguna el daño con el evento delictivo. Sustentado en la vigencia de una gran solidaridad social o política, es el sistema de disponibilidad absoluta, base de la acción popular. Ejemplo de ella en nuestro país es el que instituyeron las leyes 871, 11.386 y 11.387, electorales y de enrolamiento para las faltas y delitos que ellas prevén, a cuyo respecto la acción popular se combina con la que incumbe a los fiscales.

En cambio, la *disponibilidad será relativa* cuando tal titularidad particular se restringe y sólo se acuerda a sujetos que se encuentran en las condiciones especiales que prevé la ley, que generalmente es la de ser el particular y directamente ofendido por el delito de que se trate. En nuestro ordenamiento nacional nuevo tal forma está prevista en cuanto se instituye la figura del querellante que, como particular ofendido por el delito (art. 82), puede impulsar la acción penal. Si es la emergente de delito de acción pública, lo hace en forma conjunta con el fiscal. Si la emergente fuera de un delito de la acción privada, la atribución (con la misma exigencia de legitimidad) de promoción y ejercicio es total y exclusiva por cuanto no interviene el fiscal (arts. 82 y 415, CPP y 76, CPen.).

3) *Mixto*: surge de la combinación de los dos que preceden —oficialidad y disponibilidad—, incluidas sus propias formas específicas. Como éstos no son exclusivos, en nuestro ordenamiento nacional se da el sistema mixto que se ha señalado en los ya analizados.

d) Irrevocabilidad

Es éste otro de los caracteres típicos de la acción penal, la que no puede ser desistida una vez que ha sido promovida. Esto se ve con total claridad en el caso de actuación del querellante en los delitos de acción pública, en los que la irrevocabilidad de la acción promovida se resalta aun en el caso de que el querellante se retirara del proceso. Desiste o se le revoca su calidad de parte, pero la acción sigue su curso a cargo del fiscal; el proceso continúa hasta su terminación por la resolución que la ley instituye.

Se aparta de este sistema el caso de la acción privada (art. 73, CPen.) a cuyo respecto y por su naturaleza legal (art. 76, CPen.) el desistimiento o el abandono, dado la ausencia de fiscal en el proceso, la extingue (arts. 420 y 422, CPP).

e) Intransferibilidad

El ejercicio de la acción penal es conferido a determinadas personas en forma exclusiva. Unas porque son los órganos públicos especialmente instituidos para ello. Otras, porque, aun siendo particulares, reúnen determinados requisitos impuestos por la ley para el caso concreto de que se trate: básicamente, que el delito le haya causado en forma directa y personal una ofensa en el bien jurídico protegido por la norma y del que ese particular es el titular.

Por cierto que tanto uno como otro sujeto de acción no pueden transferir sus facultades exclusivas a terceros. Ello es obvio para el órgano público.

Más difícil es respecto del particular habilitado por la ley para el caso de que sea el ofendido por el delito concreto.

No se deje de lado, en ningún momento, en el análisis que venimos haciendo, que respecto de la acción penal y la titularidad de su ejercicio, se está manejando derecho público y también orden público, en cuanto todo se relaciona con el derecho de peticionar en el orden represivo y con relación a la función de Estado que es la penal.

Por esa razón, puede decirse que en relación al particular se tiene en cuenta que su condición de ofendido directo y particular es de carácter personalísimo. Se adquiere por él únicamente por vía del delito concreto. Y también él la pierde si por transacción, pago o indemnización u otra causa, dejare de ser damnificado.

Es claro que, por ejercicio de su derecho de acción por constituido así en querellante, por transacción, o por lo que fuere, al perder su condición de damnificado pierde su calidad de ofendido y no puede transferir de su persona a otra su crédito que hubiere sido cubierto por un tercero y, en consecuencia, éste no puede ser sustituido en el proceso accionando por transferencia. No hay transferencia por acto entre vivos.

Algo distinto es el caso cuando el ofendido constituido querellante, es decir que ejercitó su acción en vida, fallece y abriendo su sucesión, aparecen los herederos. Es cierto que el ofendido se murió y con ello desapareció su calidad personalísima; pero también lo es que él había incorporado a su patrimonio una acción (no una calidad) que cuando esté referida a un daño patrimonial causado por el delito, no puede decirse que no tenga incidencia en el haber hereditario, en razón del cual los herederos son continuadores del causante. Se trata ahora de su patrimonio. Y respecto de su defensa en justicia, conforme con nuestro régimen positivo, se presenta un problema grave a considerar.

La división de competencias civil y penal, establecida por los arts. 1101, 1102 y 1103, CCiv., impone que el juicio civil frente a su contemporáneo penal por el mismo hecho causante de consecuencias jurídicas vinculadas (indemnizatorias, anulatorias, etc., por un lado, y la pena, por el otro), se debe paralizar al llegar a la oportunidad de dictar sentencia a la espera de la de la causa penal. En el civil, como consecuencia, no hay posibilidad de arrimar probanza, ni defensa en el futuro.

La sentencia absolutoria penal basada en la calidad no penal del hecho cierra el caso civil y lleva al rechazo de la demanda.

Estando vivo el ofendido, éste puede intervenir y efectivamente lo hizo en la causa penal y defendió su derecho, aun después de la paralización del proceso civil y con ello pudo obviar toda artimaña del acusado y salvar su derecho o por lo menos tener oportunidad para ello. Pero fallecido, si no se tiene en cuenta que porque ejercitó su acción ya la tenía, y basado en la extinción de su calidad personal, se deja de lado que el heredero continúa al causante, al no admitirlo como "continuador" del querellante, se le cercena su derecho de defensa en juicio y se lo ata inerme al resultado de un juicio penal en el que no puede intervenir, pero sí soportar sus consecuencias.

En ninguna parte la ley vigente, tanto la penal como la procesal penal, dice que la acción pública ejercitada en vida del causante no sea transmisible a sus herederos. Dice únicamente para la acción por injurias y calumnias que ella es transmisible si fue iniciada por el causante (art. 75, CPen.).

Pese a esa limitación no puede decirse que el resto de las acciones privadas no sean, por ejercitadas en vida del causante, transmisibles por causa de muerte a sus herederos. Ello por cuanto el Código Penal (art. 60) dice que la renuncia de la persona ofendida al ejercicio de la acción penal privada no perjudica más que al renunciante y a sus sucesores. Al contrario, si no la renuncia, a estos últimos no los perjudica porque lisa y llanamente, por transmitida, la continúan.

No obstante este razonamiento y la objeción que él contiene, pese a que la ley no dice nada al respecto, la doctrina y nuestros tribunales sostienen que la acción penal pública y la privada que no sea la de calumnias e injurias ya asumida en vida, son intransferibles por causa de muerte del ofendido.

Concluyendo y aclarado lo que antecede y no obstante ello, se sostiene, por doctrina y jurisprudencia, como característica de la acción penal la de su intransferibilidad.

III. Clasificación

Por encima del Código Procesal Penal, aun cuando éste en su regulación instrumental lo admita, la ley penal de fondo, bajo lo que doctrinariamente se rotula "*normas procesales sustanciales*", *incorpora a su letra todo lo que se refiere al ejercicio de las acciones y a su extinción* (arts. 71/76 y 59/70, respectivamente, CPen.).

No obstante su rótulo no se trata de materia sustancial; pero es necesaria su inclusión en la letra de la ley nacional a fin de extender uniformemente su vigencia a todo el país, evitando que las regulaciones procesales múltiples provinciales pudieren, por inadvertencia o detalle regulatorio, desnaturalizar la función penal.

El Código Penal divide las acciones penales en dos grandes clases y en razón de ellas hace aplicación de los principios de oportunidad o conveniencia y de divisibilidad personal y real, eliminándolos en un caso e imponiéndolos en otro, todo lo cual completa la clasificación tratada.

Así es como instituye:

a) *Acción pública*: respecto de todos los delitos que no sean los enumerados en su art. 73, a los que expresamente aparta de la misma. Para esta clase de acción impone la obligación de iniciarlas y proseguirlas, mediante la forma que señala como de oficio. Esta obligatoriedad está a cargo de órganos o personas públicas del Estado instituidas al efecto.

Esta *obligatoriedad u oficiosidad* es total respecto de los delitos de que se trate, como también con relación a todos sus partícipes en la comisión. Esto es, que rechaza el principio de divisibilidad tanto real como personal.

Pero esta *obligatoriedad u oficiosidad* también rechaza toda deliberación sobre si se promueve la acción o no. Se debe promover y continuar ni bien se tiene conocimiento del delito. Esto es, que el Código rechaza el principio de conveniencia u oportunidad, que es el que permite la abstención o selección.

Dentro de este tipo de acción penal, el Código Penal regula una suerte de excepción parcial, por cuanto conservando la vigencia de la obligatoriedad u oficiosidad, con prohibición de la divisibilidad en sus dos formas, introduce la plena vigencia del principio de oportunidad o conveniencia. Pero el uso de las atribuciones que éste confiere, se las sustrae al Estado y las coloca en cabeza de la víctima de ciertos delitos que, muy limitadamente, enumera.

Se trata de delitos que tradicionalmente han sido los de violación, estupro, rapto y abuso deshonesto, en la forma y con las excepciones que ex-

presamente prevé, aun cuando, en oportunidades históricas y por razones de mero recargo de trabajo, ha incorporado en su previsión delitos de menor gravedad (arts. 71, inc. 1° y 72, CPen.).

Concerniente a ellos, de inicio y ante la noticia criminis no tiene la obligación de actuar de oficio. Más: no puede hacerlo. Debe abstenerse. Es la víctima la que tiene el derecho de deliberar, sopesar los pro y los contra del proceso, si conviene o es oportuno abrirlo. Es decir, es ella la que tiene el derecho de instarlo o no. De ella depende todo. Por ello es que la acción penal, en este caso y como subclase, se llama "dependiente de instancia privada".

Pero, si la insta, *aun con una simple denuncia informal ante la autoridad jurisdiccional*, por salvada la barrera de inicio impuesta al Estado, *estas acciones recobran su oficiosidad e impulsión obligatoria* y, en más, nada puede detenerlas.

b) *Acción privada*: que se acuerda respecto de todos los delitos excepcionados por el art. 73, CPen. de la regla general de oficiosidad. Ellos son: 1) calumnias e injurias; 2) violación de secretos, salvo en los casos de los arts. 154 y 157; 3) concurrencia desleal, prevista en el art. 159; 4) incumplimiento de los deberes de asistencia familiar cuando la víctima fuere el cónyuge.

Para este tipo de acción la ley de fondo instituye que *sólo podrán promoverla y continuarla*, con las especificidades que prevé, *las personas víctimas u ofendidas* por el delito (arts. 74, 75 y 76, CPen.). Si no lo hacen se pierden (art. 422, inc. 3°, CPP).

Respecto de este tipo de acción, la ley penal admite, pues, la vigencia del principio de oportunidad o conveniencia, según el cual el privado decide si acciona o no.

Pero *también admite la vigencia del principio de divisibilidad, tanto real como personal*, por cuanto puede accionar por todos los delitos (por ejemplo calumnias e injurias) y contra todos sus responsables o, por el contrario, hacerlo sólo por un delito, absteniéndose de otro (sólo por injurias) y contra un coautor y el otro no.

IV. CONDICIONES DE PROCEDIBILIDAD

Es regla general que el ejercicio de la acción penal como tal *no está subordinado a condición alguna*. Pero excepcionalmente, en casos expresamente previstos y minuciosamente regulados por la ley, se imponen condiciones que *se alzan como obstáculos* que impiden, mientras no sean satisfechas, el comienzo de su ejercicio. Estas condiciones son las "condiciones de procedibilidad".

I. Estas condiciones se vinculan con procedimientos que se exigen como de satisfacción previa al inicio de la acción penal contra ciertas personas que están dotadas de privilegios funcionales por el cargo público que cumplen. La condición en este caso es el que se haya hecho cesar esa situación.

a) En este supuesto se encuentran los que tienen que ser destituidos de su cargo por el procedimiento de *juicio político* que instituye y regula la Constitución Nacional en sus arts. 53 y 60 y que son: el presidente, vicepresidente y sus ministros, y los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La condición previa que tratamos consiste en la tramitación de un juicioante el Senado de la Nación que actúa como tribunal, promovido y proseguido por la Cámara de Diputados que actúa como acusador. Respecto de los jueces integrantes de los demás tribunales inferiores de la Nación, la condición previa de destitución se mantiene, pero ya no es de competencia del Poder Legislativo —dividido en acusador: Diputados y juez: Senado— sino del Consejo de la Magistratura de la Nación (art. 114, CN) que actúa por un *jury de enjuiciamiento*, como tribunal, a instancias de un dictamen del Consejo propiamente dicho.

La sentencia que se dicte tanto por aquel organismo legislativo, como por el que antecede, tiene por único objeto destituir al acusado y aun declararle incapaz de ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo en la Nación. Cuando es condenatorio el fallo de estos órganos, por separado del cargo y desaparecido el impedimento, el sancionado quedará, no obstante, sujeto a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios.

b) También tenemos el caso de los legisladores que están amparados por un privilegio parlamentario que impide se los procese mientras subsistan sus fueros. Por ello, también la Constitución Nacional regula en su art. 70 que cuando se forme querella por escrito ante las justicias ordinarias contra cualquier senador o diputado, examinado el mérito del sumario en juicio público, podrá cada cámara, con dos tercios de votos, suspender en sus funciones al acusado y ponerlo a disposición del juez competente para su juzgamiento.

Luce claro para estos casos que ambas excepciones analizadas lo único que hacen *es retardar o detener temporalmente la acción penal*. Removidas esas barreras retardatorias la acción penal procede libremente.

II. En otros casos las condiciones de procedibilidad se vinculan a recaudos que se exigen por la ley penal.

a) Concretamente con relación al ejercicio de la acción pública, cuya titularidad el Código Penal coloca en cabeza de la autoridad pública con la obligación de promoverla de oficio en todos los casos, alza el mismo Có-

digo un impedimento a ello, reducido a un solo y concreto caso que centraliza en un hecho que no depende del órgano público, sino del titular del bien jurídico lesionado por el delito, esto es: el particular ofendido, la víctima. Ello es lo que se llama "*dependiente de instancia privada*".

Se coloca en cabeza de ella el derecho de instar o no la acción. Si lo hace, se da por cumplida la condición de procedibilidad y la acción es proseguida de oficio. Caso contrario la barrera se conserva y nadie puede accionar (arts. 71, inc. 2°, y 72, CPen.).

b) El mismo Código Penal, asimismo, para todos los delitos de acción privada (art. 73), establece una condición formal para la procedencia de la acción, cual es la de que *se la promueva únicamente por querella* del agraviado o sus representantes.

Si no se satisface esa condición, la acción privada no procede. Como que tampoco se la puede continuar, en el supuesto de las calumnias e injurias, en el caso de muerte del ofendido, por sus herederos, si no ha sido promovida en vida por aquél (arts. 75 y 76).

III. En otro caso la viabilidad de la acción penal se supedita a una decisión política, sin la cual la acción penal no es promovible.

Se trata del sometimiento a juicio en nuestro país por causas criminales a embajadores, ministros o agentes diplomáticos extranjeros; a las personas que compongan la legación, a los individuos de su familia o servidumbre, para lo cual tiene competencia la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la forma y modo en que la habilitan los arts. 116 y 117, CN y 22, CPPN y 24, Ley Orgánica de Tribunales.

Pero para que se pueda promover la acción e incoar el proceso, es condición previa que se haya prestado la conformidad del respectivo gobierno extranjero para someter a esos funcionarios a juicio. Conformidad que debe ser solicitada por la vía diplomática por intermedio del respectivo embajador destacado en nuestro país.

Tales son las únicas condiciones de procedibilidad de la acción penal, impuestas excepcionalmente para apartarse de la regla general.

•

V. EXTINCIÓN

También en este tópico, el Código Penal incorpora a su letra normas reguladoras de la acción penal y en esta ocasión lo hace en cuanto a su extinción. Vale en esta oportunidad lo ya dicho respecto del ejercicio de las mismas, en lo que se relaciona a la calidad procesal de dichas reglas, a la aspiración de considerarlas como "normas procesales sustanciales" y la ra-

zón de validez uniforme para todo el país que torna admisible esa forma de legislarlas fuera de los códigos procesales.

Las acciones penales se extinguen, tornándose inocuas tanto para promover como para proseguir el proceso, según las causales que la ley positiva instituye. Estas causales pueden distinguirse en:

a) Generales

1) *La muerte del imputado* (art. 59, inc. 1°, CPen.), opera extintivamente por la *desaparición del sujeto destinatario de la pena que se aspira imponer.*

El hecho punible existe; podría afirmarse que la pretensión punitiva también y, por consiguiente, su portadora ante la jurisdicción que es la acción penal. Pero es el caso de que *todo carece de finalidad*, por cuanto *la pretensión no puede concretarse*; hay imposibilidad absoluta de concreción personalizada de la pena. Como esta última es la exigencia final del principio de la personalidad de aquélla y por ella sólo pueden soportar la pena, como reacción punitiva, aquellos que han cometido la acción punible y no otros sujetos ajenos, al desaparecer por muerte el imputado, la propia ley penal impone la extinción de la acción penal por una causa ajena a esta misma.

2) *La amnistía* (art. 59, inc. 2°, CPen.) con el carácter de general es una facultad que la Constitución Nacional acuerda al Congreso por la que puede dejar ciertos hechos desconectados de su pena, algo así como si se suspendiera la ley penal respecto de hechos determinados (art. 75, inc. 20, CN).

No existe el olvido que algunos postulan, sino que el hecho sigue siendo ilícito y realmente existente, pero por la amnistía carece de virtualidad para generar aspiración punitiva. Atento ello y por vía de consecuencia, la acción se extingue. *El hecho por la amnistía muere penalmente, pero no civilmente*, pues sigue generando responsabilidad por las indemnizaciones debidas a los particulares (art. 61, CPen.).

3) *La prescripción* (art. 59, inc. 3°, CPen.), tiene como núcleo al tiempo, en cuyo transcurso en los términos previstos por la ley, la potestad de la acción se conserva, pero traspuestos ellos ésta se extingue. Como lo que por este instituto desaparece es la acción misma, se arrastra tras ella a la pretensión punitiva por lo que en el futuro se carece de toda aspiración posible. Se borra la posibilidad de actuación.

La vinculación de este instituto con la garantía de libertad, los límites de su amenaza en el tiempo y la necesidad de la estabilidad de los derechos, lo llevan a su calificación de orden público. Calidad por la que ella es de-

clarable de oficio, contra la voluntad misma de las partes, por cuanto la prescripción se opera por imperio de la ley misma, es decir se cumple de pleno derecho. Puede pedirla un pariente, letrados sin representación e incluso el procesado prófugo, el que por tal condición se encuentra inhibido de formular cualquier otra petición en el proceso mientras dure su rebeldía.

Por estos rasgos distintivos la prescripción penal tiene con su homónima civil, como único contacto institucional, sólo el nombre. En la de derecho privado las partes la invocan si lo desean. En la penal actúa con prescindencia de la voluntad de las partes y también de la del juez.

Siendo la base de su operatividad el tiempo, se lo regula en la ley penal, indicando para cada tipo de pena (art. 5°, CPen.), el lapso en el cual se opera la prescripción de la acción penal (art. 62, CPen.). Así:

a) A los quince años, cuando se tratare de delitos cuya pena fuere la de reclusión o prisión perpetua.

b) Después de transcurrido el *maximum* de duración de la pena señalada para el delito, si se tratare de hechos reprimidos con reclusión o prisión, no pudiendo, en ningún caso, el término de la prescripción exceder de doce años ni bajar de dos años.

c) A los cinco años, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación perpetua.

d) Al año, cuando se tratare de un hecho reprimido únicamente con inhabilitación temporal.

e) A los dos años, cuando se tratare de hechos reprimidos con multa.

Por cierto que la ley señala el momento desde el cual se comienza a computar el término previsto para cada caso. Y lo hace, para los delitos instantáneos a partir de la medianoche del día en que se cometió, y si fuere delito continuo, desde el momento en que cesó de cometerse (art. 63, CPen.).

Pero también se detiene en establecer que el curso de la prescripción se interrumpe por la comisión de otro delito o por la secuela del juicio (art. 67, ap. 4, CPen.). Ello implica que todo el término que sobre la fecha de computación, señalada en el párrafo anterior, ha corrido sin arribar a la prescripción, se corta, perdiéndose definitivamente, en el caso de que se cometiere un nuevo delito o desde el momento que se acciona penalmente contra el que estaba prescribiendo por ese delito respecto del cual lo hacía y todo el desarrollo del proceso obsta a que el término vuelva a comenzar.

Asimismo se prevé la suspensión del curso del término de prescripción, lo que implica que sin perderse lo ya acumulado, se interrumpe mientras dure la causa obstativa y se reinicia, sumando sobre el ya acumulado, cuando ella desaparece. Ello está previsto por la ley para el caso de delitos para cuyo juzgamiento sea necesaria la resolución de cuestiones previas o

prejudiciales, que deban ser resueltas en otro juicio. La misma situación se prevé para el caso de los delitos contra la Administración Pública: cohecho, malversación de caudales públicos, negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones públicas, exacciones ilegales, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados y prevaricato.

Hasta el restablecimiento del orden institucional, también se prevé la suspensión del curso de la prescripción para los delitos previstos en los arts. 226 y 227 bis —como atentatorios del bien jurídico: "poderes públicos y el orden constitucional"—.

En el caso de que se tratare de varios delitos independientes imputados a un mismo sujeto, no se produce la acumulación de penas del concurso real, de modo que, llevado el máximo por suma a penas superiores, no se calcula por ella el término de prescripción, sino que éste corre paralela e independientemente para cada delito.

Y en el supuesto de que el delito de que se tratare previera dos penas paralelas, la prescripción de la pena deberá regirse por el monto de la más grave.

4) *Cosa juzgada.* Desde el momento mismo en que respecto del hecho y su autor haya habido sentencia firme, la pretensión punitiva dada por satisfecha no puede ser receptora de una reiteración, dado que por el mismo hecho nadie puede ser sometido a más de un proceso y en él a más de un pronunciamiento (art. 1°). Por ello es que arribado a la cosa juzgada ésta extingue la acción futura que pretenda llevar la misma pretensión.

b) Particulares

1) *Renuncia del agraviado en los delitos de acción privada*: la acción penal se extinguirá por la renuncia del agraviado respecto de los delitos de acción privada, la que sólo perjudicará al renunciante y a sus herederos (arts. 59, inc. 4° y 60, CPen.).

2) *Pago voluntario del monto máximo de la pena de multa prevista como única sanción para el delito de que se trate y de las indemnizaciones a que hubiere lugar*: si se cumple en cualquier estado del juicio, extingue la acción por falta de objeto de la pretensión punitiva (art. 64, CPen.).

3) *Conciliación y retractación en los juicios por delitos de acción privada*: se trata en realidad de dos institutos diferentes; el primero es procesal penal regulado en el Código Procesal Penal en sus arts. 424 y 425, y el otro es de esencia penal sólo para, dentro de los procesos especiales de acción privada, los de delitos contra el honor (art. 11, CPen.).

En el orden procesal, todos los procesos especiales de acción privada no pueden recibir trámite alguno sin que previamente se decrete una audiencia para que las partes concurran con el propósito de conciliarse (art. 424). Si a ella no comparece el querellante sin justa causa, se lo tiene por desistido y ello provoca un sobreseimiento que cierra definitivamente el caso. Todo ello porque se ha extinguido la acción (art. 422, inc. 2°).

Si ambas partes concurren y se concilian se termina el proceso por extinción de la acción y se sobresee. Pero esa conciliación puede ocurrir en cualquier estado posterior del proceso. Lo que pasa es que se impone como obligatorio crear la oportunidad de inicio (art. 425, inc. 1°).

Este avenimiento entre las partes, en realidad, se sustenta, en cuanto es aceptado por el querellante, en un desistimiento de la acción. Ello se correlaciona con el desistimiento expreso, que puede ocurrir en cualquier estado del juicio, por decisión concreta del querellante, lo cual extingue la acción y provoca también el sobreseimiento (art. 420).

Además de ello se viene a sumar, como forma de extinción de la acción, la inercia del querellante que no activa la acción y que se presenta en la ley como desistimiento tácito, que lleva también al sobreseimiento (arts. 422 y 423).

En cambio, a diferencia de todo ello, la retractación es un instituto esencialmente penal, regulado por el Código de fondo, y, dentro de los procesos penales especiales por delitos de acción privada, aplicable sólo a los por calumnias e injurias.

En esencia la retractación es desdecirse públicamente el querellado de todo lo que haya manifestado y que sea el núcleo del delito contra el honor por el que se lo querella. Equivale a decir, sin condicionamiento alguno, que se faltó a la verdad, que nada de lo dicho es verdad; prácticamente es decir que a ese respecto se mintió.

Semejante situación vertida en el proceso y ante el juez puede ser aceptada por el querellante, pero también puede ser, por él, cuestionada por insuficiente, por lo que en definitiva el que resuelve es el juez. Si es aceptada por el querellante o por el juez, su resultado es el sobreseimiento por extinción de la acción.

Como oportunidad para ello se brinda por la ley procesal la de la ya analizada audiencia de conciliación (art. 425, ap. 2). Pero también es oportunidad, respetando el mandato del Código Penal en su art. 117, el lapso que va hasta la contestación de la querella por el acusado. Este lapso es muy largo en el proceso penal nuevo por cuanto ello ocurre al final del debate (arts. 430 y 393). El manejo que de la retractación puede hacerse, abusando de

ella según la suerte de la defensa, es éticamente repudiable, porque permite una suerte de especulación y hasta de extorsión según los casos.

Lo cierto es que ambos institutos, con las formas señaladas, en definitiva, extinguen la acción penal privada.

VI. ACCIÓN LEGALMENTE PROMOVIDA

La acción penal legalmente promovida da origen a un proceso válido, cuya materia constante e invariable está dada por el hecho humano que introduce como su contenido y es el que funda la pretensión de que, legítimamente, la jurisdicción conozca y juzgue sobre la aplicación al caso concreto de la ley penal, con la imposición de la pena que para tal evento esté prevista.

Cuando se dice *legalmente promovida* no cabe otra referencia que la de la satisfacción total de las exigencias impuestas por la ley para su promoción, continuidad y terminación. Y dichos recaudos imperativos son:

a) *Que sea ejercitada por el órgano especialmente instituido para ello.* Éste no es sino el Ministerio Fiscal única y exclusivamente (arts. 5° y 65, CPP). La posibilidad de que el juez la asuma y promueva por sí tal como era en el antiguo régimen procesal penal (Código viejo) está derogada, prohibida.

b) Obligación legal en todos los casos de denuncia de dar *inmediata intervención al Ministerio Fiscal* a fin de que, como titular de la acción pública, exprese ante el juez si, sobre el hecho humano pretendidamente ilícito que se pone en su noticia, deduce aquélla o pide su *desestimación* (arts. 174, 180, 181, 182, CPP).

c) *El requerimiento de instrucción* que el Ministerio Fiscal formula ante el juez, *no es sino la promoción de la acción penal* por parte de su único titular. Y en ese acto (su dictamen), imperativamente regulado en cuanto a su ineludible contenido, debe efectuar la relación circunstanciada del hecho, con indicación si fuere posible, del lugar, tiempo y modo de ejecución (art. 188, inc. 2°, CPP).

d) Con dicho requerimiento y por abierta con él la legítima instrucción se genera la obligación legal del juez de cumplir el plan de trabajo que impone el art. 193, Código Procesal. Es dicho requerimiento el que le da al juez su materia de trabajo y los límites del mismo desde el inicio hasta el final del proceso.

Es sobre su materia (objeto procesal) que el juez debe indagar el imputado (arts. 294 y 298, CPP); es sobre esa materia sobre la que debe pronunciarse para resolver sobre el procesamiento, falta de mérito o sobresei-

miento (arts. 306, 308, 309, 334, 336 *idem*); es sobre esa materia sobre la que debe decretar las medidas cautelares; en fin, es sobre dicha materia que debe juzgar al emitir sentencia, o al dictar sobreseimiento.

Si así no lo hiciere todo lo actuado es nulo (arts. 404 y todas las disposiciones legales anteriormente citadas).

Esa nulidad es de orden público porque esos vicios destruyen el legítimo proceso, cuyo amparo es por todos conocido (arts. 166 y 168, ap. 2° *ibidem*).

Doctrinariamente esa concordancia permanente del contenido del objeto procesal fijado por el requerimiento de instrucción y que está prohibido alterarla, se sustenta en el principio de congruencia (art. 1°, *ibidem* "...nadie podrá ser juzgado... ni penado sin juicio previo sustanciado conforme a las disposiciones de esta ley...").

El vicio consistente en la instrucción del sumario por parte del juez sin que haya sido requerido por el fiscal con ajuste a todas las disposiciones legales citadas, infecta de nulidad todo lo actuado. Y no es convalidable lo actuado en esa situación, pretendiendo aventar el vicio con una vista tardía retroactiva al fiscal para que formule su requerimiento de ley cuando el período instructorio está ya sobre su clausura.

Tan es cierto lo expuesto que el propio código, además de la regulación de las nulidades (arts. 166 y 173), instituye el sistema de excepciones, insertando la de falta de acción por no haber sido legalmente promovida (art. 339).

La ley se dicta para ser cumplida sobre todo cuando, como en la procesal penal, cada uno de sus pasos tiene una garantía constitucional detrás. En contra de todo lo analizado ver: Cámara Criminal de la Capital Federal, sala IV, causa 10.092.

VII. La acción civil en el proceso penal

Con la vigencia del Código Penal es ejercitable dentro del proceso penal, la acción civil que pretenda la reparación del daño causado por el delito, ya por vía de resarcimiento, ya por restitución o indemnización, tanto material como moral. Dado ese derecho acordado a la víctima, ella tiene la facultad de optar si ejercita o no esta acción en sede penal, o guarda silencio y la lleva directamente a la civil.

Porque hoy la acción es un mero modo de poner en marcha a la justicia. Es pedirle que actúe. Es el derecho de peticionar ante la autoridad del juez.

Qué es lo que pide es el *contenido de la acción* lo que ella lleva, es la *pretensión*, referida a que se aplique el derecho de fondo que se llama actuación del derecho material civil, se caracteriza por ser portadora de una pretensión civil, que, a través del proceso y aceptada en la sentencia, se transformará en derecho subjetivo del actor a percibir lo reclamado y ejecutar la sentencia en ese sentido.

Esta acción que tratamos se caracteriza por ser:

1) *De carácter privado* en cuanto con ella se aspira a realizar el derecho civil por la persona ofendida o lesionada, en su propio interés. Es decir, el derecho que pretende es privado y actúa privadamente, ante un órgano público.

2) *Es accesoria* en cuanto no tiene autonomía dentro del proceso penal en el que se subordina a la promoción de la acción punitiva, su continuación y reconocimiento en la sentencia condenatoria penal. Si en cualquiera de esas etapas el juicio cesara, ella no puede continuar. Es decir, la acción civil no se sustenta sola, sigue la suerte de su principal que es la penal.

En orden a este carácter accesorio que ostenta la acción civil indemnizatoria o restitutiva ejercitada dentro del proceso penal, débese resaltar que ello es así tanto en el régimen procesal viejo como en el nuevo. Y la incidencia de la promoción, mantenimiento y curso de la penal es de tal naturaleza que su extinción o suspensión arrastra igual situación respecto de la civil, sin perjuicio de que su titular pueda reponerla en sede civil.

Esa accesoriedad se manifiesta también en la ordinarización que el proceso penal impone al proceso civil que recoge en su seno.

Por ello es que se dijo que si el juicio penal cesara en cualquiera de sus etapas, la tramitación de la acción civil no puede continuar.

Pero la rigidez de la ley antigua se modifica en la letra de la actual, por cuanto ésta, tras imponer que al dictarse *sentencia penal condenatoria*, dispondrá también la indemnización del daño causado y la restitución del objeto materia del delito, fijando para ambos aspectos la forma en que deberán ser atendidas las respectivas obligaciones (art. 403), manda para el caso de que la *sentencia penal* fuere *absolutoria*, que ella se pronuncie, cuando por derecho corresponda, sobre la restitución o indemnización *demandadas* (arts. 402 y 16).

Es decir, la normativa procesal actual no deja desvalido al actor civil, sin pronunciamiento sobre la acción que ejercitó, mantuvo y agotó (art. 16, cit.).

La situación de dependencia, de accesoriedad, se rompe aquí e impone (obliga) una resolución civil.

Incluso es viable cuando la acción civil restitutoria de la cosa objeto del delito no hubiera sido ejercitada. Aun cuando en este supuesto sólo se

autoriza (faculta) al juez penal a ordenarlo; es facultativo (art. 403, última parte). Esto, en verdad, se vincula, tras la sentencia condenatoria penal, al retorno a la situación anterior al delito que el juez penal tiene la facultad de restablecer haciendo cesar los efectos del ilícito.

3) *Es de disponibilidad relativa* en cuanto ella es atribuida como sujeto de ejercicio a un particular, respecto del cual se impone, a su vez, que sea el único que pueda ejercitar la acción penal con relación al hecho de que se trata. Seguidamente, esa atribución de titularidad exclusiva cierra al órgano público (Ministerio Fiscal) toda posibilidad de ejercicio.

4) *Es potestativa* en cuanto como facultad otorgada en interés privado, su ejercicio queda librado a la voluntad de su titular.

5) *Es revocable* dada la naturaleza de su atribución y el carácter de su titular, como también el interés que guía su promoción. Esta acción puede ser desistida en cualquier estadio del proceso y tal actitud procesal corta el proceso en su posibilidad de continuar y arribar a un pronunciamiento jurisdiccional sobre la pretensión deducida, sin perjuicio desde luego, de que el proceso siga su curso si no se afecta la acción penal. Esto último por cuanto si la acción penal fuere pública, aun cuando el querellante desapareciere (o continuare sólo la penal), el proceso sigue su curso en orden a la aspiración punitiva; pero si la acción penal fuere privada, la continuación del proceso en el orden penal, desaparecido el campo civil, sólo es posible si se mantiene la situación de la querella.

6) *Es intransferible* dado que sigue el mismo carácter de su principal, que es la penal.

En lo que hace a su extinción, esta acción ejercitada, dentro del proceso penal sigue por su accesoriedad la suerte de la penal, por lo que las mismas causales que operan a su respecto le son aplicables a ella, dentro de los límites mismos de ese proceso. En cuanto la acción penal no sea promovible o continuable, tampoco la civil lo será en el proceso penal. Todo sin perjuicio de que la civil pueda ser ejercitable en los tribunales civiles.

Y en lo que hace concretamente a ésta, por su propia naturaleza, ella, además, se extingue por vía de la prescripción conforme a la esencia misma de este instituto y los lapsos operativos que la legislación civil específica prevé para lo que en sede penal pueda reclamarse: reivindicación de la cosa y reparación del daño (art. 29, incs. 1° y 2°, CPen.).

La cosa juzgada, la transacción y la renuncia, según las normas procesales, también son causas de extinción y a ellas nos remitimos.

CAPÍTULO VI

CIENCIA Y POLÍTICA PROCESAL PENAL

SUMARIO: I. Constitución Nacional y regulación legal procesal penal.— II. Principios procesales: 1. Principios generales: a) Principio de desconcentración funcional; b) Principio de progresividad; c) Principio de comunicabilidad; d) Principio de inmediación. 2. Principios especiales: a) Principio de necesidad; b) Principio de obligatoriedad; c) Principio de veracidad; d) Principio de liberalidad.— III. Proceso escrito y proceso oral.— IV. Política procesal penal.— V. Juicio por jurados: a) Intoducción; b) Concepto; c) Perfil social de la institución; d) El jurado y el liberalismo; e) Fundamentos doctrinarios a favor y en contra; f) Antecedentes normativos en nuestro país; g) Aclaración especial; h) Conclusión; i) Los "escabinos".

I. CONSTITUCIÓN NACIONAL Y REGULACIÓN LEGAL PROCESAL PENAL

El éxito que se pueda alcanzar en la satisfacción de la finalidad del proceso penal, o sea que el Estado adquiera el derecho subjetivo de aplicar una pena a un sujeto concreto por la comisión concreta de un delito, depende sustancialmente del adecuado tratamiento investigativo probatorio que se aplique al objeto procesal, extremo por el cual, de inicio, se torna indispensable regular por la ley el procedimiento total a seguir y, dentro de él, el detalle de cada acto que lo integra.

Por cierto que la meta propuesta tras la progresión que ello implica es alcanzar el conocimiento real del hecho y su autor, apreciación que se hace en la sentencia.

Por supuesto que también la norma reguladora puede aspirar a que luzca en el proceso una gran eficiencia moral y técnica de parte de todas las personas que participen en el mismo, ya como juez, ya como partes, ya como terceros.

Pero todo ello sucede con ocasión de la lesión o destrucción de bienes humanos de muy alta jerarquía, tanto sociales como individuales, que por ello están jurídicamente protegidos con la máxima sanción que son las penas. Y éstas, a su vez, tienen esa jerarquía, dentro de la genérica "sanción",

porque consisten, por su parte, también, en lesionar o quitar un bien jurídico (vida, libertad, patrimonio, capacidad) al hombre que ha cometido el delito como retribución y para que no lo vuelva a hacer. Hay, de tal modo, en este drama que es el delito, un compromiso humano, tanto del grupo social que aspira a su seguridad contra el delito, como individual que aspira a que se respete a cada hombre como persona, cuyo conjunto se sintetiza en la libertad como derecho fundamental.

Por consiguiente, aquello que señalamos al principio referido a poder alcanzar la satisfacción de la finalidad del proceso penal, y a la eficacia en el tratamiento del objeto, imperiosamente se debe someter al cuadro de garantías sociales e individuales que reconoce e impone respetar la Constitución Nacional.

En el proceso penal se manejan personas plenas de derechos humanos. Cada instituto debe respetarlas. Entonces, la eficacia del procedimiento para descubrir la verdad se debe tratar de alcanzar, pero dentro del marco de las garantías fundamentales.

Permanentemente en el curso del proceso debe sobresalir el respeto tanto por la *seguridad*, como por la *libertad*. El equilibrio, en ese conflicto de intereses controvertidos, debe ser permanente e impone una laboriosa regulación de instituciones. No se trata sólo de alcanzar el éxito: de hacerlo en cualquier forma caiga quien caiga porque el fin lo justifica. No, pues por encima de esa eficacia, para enmarcarla y moderarla, están las personas como razón de las *garantías fundamentales*.

Por tal motivo, en *función de eficacia*, surgen los principios procesales que informan lo que es mejor institucionalmente para alcanzar el conocimiento de la verdad real.

Mas, en *función de garantía humana*, por encima de ellos está la Constitución Nacional que, aparte de todos los derechos que para todos reconoce, particulariza en cláusulas específicas garantías procesales penales.

Por ello es que cada uno de los principios procesales a que nos referimos y su ordenamiento en los llamados sistemas procesales, se impregnan de respeto constitucional. Y si no lo hacen, son lisa y llanamente nulos por repugnantes a la Constitución Nacional.

En consecuencia, no basta decir que para la estructuración del proceso penal y la satisfacción de su finalidad es necesario consultar, haciendo política procesal, la filosofía, el arte, las ciencias, la historia, el mundo, sino que todo ello deberá hacerse a través de las normas fundamentales de la Constitución Nacional. Si este filtro final falta, todo puede llegar a cualquier exceso.

Sintéticamente, nadie puede poner en duda que escuchar en declaración indagatoria al procesado bajo juramento de decir verdad, o negarle el derecho al silencio, o presionarlo con amenazas, o prometerle ventajas, etc., puede ser ventajoso —eficaz— para el éxito de la investigación, ya porque se obtenga una confesión, ya algo favorable por la confusión a que se indujo al reo, ya porque por la presión proporcionó prueba en su contra. Todo lo ha sido contra su voluntad expresada concreta o tácitamente. El éxito es favorable. Pero nadie puede tampoco poner en duda que en estos casos desapareció el procesado como persona, se le pasó por encima como a una cosa; se violaron sus garantías. Por ahora, mientras rija nuestra Constitución Nacional actual, ese acto es nulo. Para que valga habría que cambiar la letra de ella.

No menor es la violación y, en su consecuencia, la nulidad, cuando se invade el organismo del procesado por un procedimiento quirúrgico, por mínimo que sea, para extraer de él tejido sanguíneo, o parte de un órgano, en contra de su voluntad expresa, para probar su responsabilidad en el hecho. Una cosa es someterlo por la fuerza a la mirada de un testigo en la rueda de personas para su reconocimiento, o a la del médico para *mirar* si tiene marcas distintivas en su aspecto externo, por cuanto en ambos casos sólo se lo *mira*; se lo trata como a una cosa. Pero distinto es *invadir* su organismo y sacarle un trozo de él, por cuanto aquí ya no es cosa, es persona y está cubierta por las garantías constitucionales [1 y 2].

Ésta es la relación de la Constitución Nacional con la regulación legal procesal penal. Nadie puede olvidarla. Ni el legislador al acuñar la norma, ni el juez al interpretarla o, al ignorarla, proveer tales actos —o todos los demás del proceso— que podrán ser eficaces, pero *son nulos*.

[1] En contra y por la procedencia, con amplia cita de jurisprudencia y doctrina, ver: Juzg. Nac. Fed. Bariloche, del Dr. Leónidas F. Moldes, Secretaría del Dr. Mariano R. Lozano, causa 1727/94, resuelta el 13/9/1994. Elogiamos el esfuerzo investigativo y fundacional del fallo, pero manteniéndonos en nuestra posición, decimos que el día que en afán de eficacia investigativa invadamos el organismo de una persona en contra de su voluntad activa, doblegándola por la fuerza o por la anestesia, para extraerle un tejido, un órgano o un trozo cualquiera de su ser, para usarlo como prueba en su contra, habremos abandonado el respeto por el hombre, producido el derrumbe del derecho y sellado la incapacidad investigativa racional de los jueces, reemplazándola hasta por posibles máquinas en el futuro.

[2] Ver Cap. IX —Actividad adquisitiva—, II —Regulación legal—, b), *in fine*, nota 1.

II. Principios procesales

En función de *eficacia procesal*, ya en lo que hace a la organización del juez, ya en la del proceso, la experiencia histórica, aportando los aciertos y desaciertos de los medios para el logro de los fines propuestos, proporciona las bases estructurales de las que puede disponerse con mayor éxito. Estas bases son los principios procesales.

De todos ellos se destacan los que, siendo generales, son aplicables tanto al proceso civil como al penal; diferenciándose de los que, adecuándose a la particular naturaleza del proceso penal, son especiales. Son propios del penal, ajenos al civil.

Los trataremos a continuación, no sin antes adelantar que la reunión de aquellos que sean finalmente afines, conjugados en un solo orden, constituye un *sistema procesal*. En cada uno de éstos podrá respetarse en mayor o menor grado la Constitución Nacional. Sistemas procesales son los que organizan el proceso penal acusatorio; y su opuesto, el *inquisitivo*.

1. Principios generales

a) Principio de desconcentración funcional

En todo tipo de proceso hay actividad que responde a intereses encontrados, frente a una que debe decidir. En el penal una de esas actividades es la que tiende a demostrar la verdad real del hecho y su responsable, en función de la ley penal, pidiendo la imposición de pena y fundando su tipo y monto. Frente a ella se alza la que aspira a demostrar que tal hecho no existe, o que, existiendo, no es delito, o que, siéndolo, el imputado no es responsable, o que merece una pena menor. A ellas se agrega la actividad que debe decidir, teniendo en cuenta la prueba útil acumulada y ante las leyes aplicables, ya sea absolviendo o condenando, en su caso, fijando el monto de pena a aplicar.

La actividad procesal al servicio de cada interés y su resolución se denomina *función procesal*, la que en el proceso penal en particular se denomina respectivamente: 1) acusación; 2) defensa; 3), decisión.

Según estas funciones procesales penales se atribuyan a una sola persona (el juez) o se las distribuya en cabeza de tres personas (juez-acusador-acusado), surgen dos principios respectivamente.

1) *Concentración*: El juez acusa, defiende y juzga, desempeñando las tres funciones, fundado en una gran confianza tanto en su moral como en su

capacidad jurídica, en contraposición con la desconfianza que se tiene en los particulares interesados, a quienes se les presume ignorantes y egoístas.

Se borra totalmente la colaboración de los sujetos y, consecuentemente, la contradicción como forma de aclarar respecto del conocimiento sobre el objeto procesal y evitar el error.

Esta concentración total es la base del sistema (combinado con otros principios) *inquisitivo* puro que, como tal, no tiene hoy cabida legislativa. Está prohibido en nuestro país por imperio del art. 18, CN en cuanto declara inviolable la defensa en juicio.

2) *Desconcentración*: A diferencia del anterior, el presente distribuye las tres funciones en cabeza de sujetos diferentes (acusador-acusado-juez), dándoles ciertas posibilidades de disponer de las formas a su cargo, cruzándolas luego y poniéndolas a decisión del juez. Tiene confianza en todos los sujetos, cree en su capacidad y altruismo en el sostenimiento de cada una de sus funciones procesales y facilita la colaboración para alcanzar el conocimiento sobre el objeto procesal y la contradicción para evitar el error.

Este principio, combinado con otros afines, es la base del sistema acusatorio. Estrictamente puro no se da en nuestro país, por cuanto en el debate y la deliberación del juicio penal en el proceso nacional, e incluso en el juicio de partes civil, se admite que el tribunal asuma actividad probatoria propia en las medidas para mejor proveer, que pueden convertirse de cargo o de descargo, fuera de la distribución de funciones que el principio instituye.

3) *Mixto*: En la práctica y estrictamente puros los analizados no se presentan en las leyes procesales, implantándose, por el contrario, en forma combinada. El sistema mixto que de tal suerte resulta, incluye en su seno fuerte preponderancia de la concentración en la etapa del proceso que, en lo preliminar del verdadero juicio, debe adquirir todos los medios probatorios; etapa que, fuere cual fuere la forma que en detalles se le dé o atribuya, es la instructoria, objetivamente conocida como sumario.

En cambio, traspuesta ésta adviene la fase del juicio-debate en la que luce en plenitud el principio de desconcentración funcional y con mayor o menor pureza, según la ley de que se trate, reserva la atribución organizativa e impulsora a cargo del tribunal, el que, al cierre, juzga. Al par, pone en cabeza del acusador la función de abrir el debate y frente a él, al acusado. Del juego de ambos surge la prueba de sus respectivas afirmaciones y luego alegarán sobre ella y sobre su mérito probatorio. El tribunal conocerá del objeto procesal, analizará en su función la prueba acumulada, aceptará la útil y desechará la que no lo sea, valorará la misma y con invocación de normas de forma y fondo emitirá fundadamente su sentencia.

Este sistema también se lo ve en el Código Procesal Penal de la Nación, en el que la instrucción del sumario está a cargo de un juez, el que, con discrecionalidad técnica sobre la *notitia criminis*, dispone las medidas investigativas que estime proceder, admitiendo o rechazando —según su criterio técnico, pero sin recurso alguno en el caso de rechazo— las que les propongan ya la parte acusadora ya la defensa, procesará, decretará prisión preventiva, y clausurará la instrucción, según su criterio legal.

Diferente, en cambio, es la otra etapa procesal —la del juicio— a la que dicho Código organiza sobre la base de la desconcentración funcional, reservando, no obstante, cierto poder discrecional para el tribunal, al que le atribuye la facultad de decretar por su iniciativa y aun en contra de la de las partes, tanto el escuchar testigos y peritos de la instrucción, como decretar medidas probatorias a su iniciativa y que estime conveniente para el esclarecimiento, las que, desde luego, pueden ser de descargo para unos y cargosas para otras.

b) Principio de progresividad

Concentradas o no las funciones procesales, lo cierto es que la actividad que se desarrolle será en pos de la adquisición del conocimiento sobre el objeto procesal y ello, como en todos los órdenes, implica avanzar paulatinamente desde la primera noticia que introduce un conocimiento imperfecto hacia el más perfecto posible.

Esa progresión supone una fuerza que la impulse y que por ello se llama *impulso procesal*, la que en el proceso penal, a diferencia del civil, ofrece caracteres muy particulares. En efecto, en éste prevalecen notas privatísticas propias del derecho de fondo que se aspira actuar, por lo que, en la medida del interés de las partes —especialmente la actora— el impulso procesal se deposita en sus manos. Ellas tienen que pedir el paso de etapa a etapa, pueden ignorarse; pueden no hacerlo. El tiempo es el que razonablemente se pudiera considerar. Aún así las partes pueden retirarse, desistir, transar.

En cambio, en total contraposición, en el proceso penal prevalecen las notas publicísticas, el orden público está casi permanentemente presente, ello es propio del derecho de fondo que se aspira actuar y de las garantías constitucionales que enmarcan la regulación del proceso penal. De ambos extremos (de la necesariedad y obligatoriedad del proceso penal), resulta que su *promoción* e *impulso* son *obligatorios* y en consecuencia no queda librado este último a la voluntad y arbitrio de la parte, sino que colocado en cabeza del juez, es de oficio.

Enlazado este impulso con el tiempo procesal y con la limitación de libertad que el proceso implica, éste es imperioso. El juez debe impulsar, vigilar el oportuno cumplimiento de diligencias y etapas y si no lo hace la ley le impone el cumplimiento de diligencia, bajo sanciones y recursos de queja por retardo de justicia. El juez tiene que hacer todo; las partes sólo vigilar, pedir pronto despacho, quejarse. La razonabilidad en la duración del proceso no tiene el valor que ostenta para el civil. Aquí la instrucción tiene cuatro meses de duración impuestos por la ley y un margen adicional severamente vigilado. Pero tanto para la instrucción como para el juicio, la extensión por un margen exiguo, debe ser razonable. No puede olvidarse que en estos procesos el "*demandado*" es un sujeto respecto del cual se pretende imponer una pena que operativamente recae sobre él como un mal retributivo; todo frente a otro sujeto que se presenta en dicho proceso, como víctima de un mal a él inferido. Es un proceso de personas. Proceso en el que necesariamente se limitan bienes con garantía constitucional: la seguridad y la libertad. No puede durar con una razonabilidad similar a la civil. Por ello debe ser impulsado de oficio, rápidamente, sin dilación, y con sanciones para las demoras.

Esa impulsión en cuanto hace avanzar el curso del proceso, se ve complementada en su misión por otro instituto que juega un papel de retención que impide que, ganada una etapa, se la vuelva a repetir, o que, perdida su oportunidad, se aspire realizarla fuera de su momento. Por ejemplo, tratada y resuelta la competencia, o la personería de las partes, o algunas de las defensas formales como excepciones, no puede repetirse su oposición; igualmente se cierra la oportunidad cuando se deja vencer un término para oponer, ya un recurso, ya para ofrecer prueba, ya para fundar un agravio, etc. Se pierde la oportunidad, no hay retroceso.

c) Principio de comunicabilidad

Concentrado o disperso el conjunto de funciones, su desarrollo progresivo y su marco temporal, lo cierto es que en todo proceso las personas en él intervinientes deben comunicarse entre sí, necesidad que se satisface mediante el lenguaje.

Mediante él se dictan las resoluciones que ordenan el trámite, disponen la citación de personas, se manda detener a una persona, se interroga (y se contesta) por parte del juez a los testigos, los peritos, los procesados, al informante.

El lenguaje, como conjunto de signos, por los gráficos asentados en un medio idóneo, da origen al procedimiento escrito; en tanto que por los fonéticos, lo da al oral.

El procedimiento escrito ofrece como ventaja la de ser de conservación permanente; abordable por distintos sujetos (acusadores, acusados y jueces) diferentes a los receptores; y da mayor oportunidad para el análisis y estudio para la resolución. Pero ello se dificulta por las desventajas de la delegación de funciones en auxiliares del juez, desnaturalizándose la función judicial y generándose desconfianza en ella. La enorme pesadez del procedimiento, contraria a la rapidez temporal como garantía fundamental; la falta de inmediación entre el juez y todos los deponentes en el proceso (ya procesados, ya testigos, ya peritos, ya víctimas), hace que se pierdan todas las impresiones personales de los exponentes, sus reacciones, sus estados de ánimo, tan importantes para formar opinión a su respecto.

En cambio, el oral se destaca favorablemente por la velocidad de comunicación; la relación directa entre emisor y receptor; la posibilidad de apreciación por la inmediación de todos los gestos, emociones, frialdad, mímica; la penetración psicológica que al correr de la exposición se puede hacer de la persona que la expresa. Se le critica su fugacidad en cuanto queda librada a la memoria de los que la escuchan, lo cual puede repararse ya con apuntes de cada acto, ya por la continuidad de todo el proceso en una sola audiencia o en las menos posibles. Por lo demás, demanda de las personas del proceso mayores conocimientos, experiencia y sagacidad para acusar, defenderse y dictar la sentencia.

La combinación de ambos da origen al procedimiento verbal y escrito, en cuanto la expresión es oral y la conservación es asentada por escrito en acta en el proceso. Por ello se lo llama *verbal y actuado*.

Para la etapa instructoria del proceso, en cuanto en ella se reúne material probatorio y se realizan experiencias para el futuro juicio, se presenta como más apropiado y generalmente se lo implanta, el procedimiento escrito y su variante el verbal y actuado.

En tanto, para la etapa del juicio fundamentalmente acusatoria, es ventajosa la expresión oral, aun cuando en lo verdaderamente esencial se guarda anotación de lo trascendente.

d) Principio de inmediación

La relación inmediata entre la fuente de conocimiento y el sujeto que la adquiere facilita su pureza y su posibilidad de verdad real; evita la intermediación y la deformación que ésta y la distancia temporal y material que ella implica, siempre arrastran. Por ello es que se impone que el juez deba intervenir en forma directa en el lugar del hecho, en la primera inspección, recogiendo las huellas y rastros, elementos de juicio, descripciones, y en

general, el acopio de todo lo que luego sirva de base para que, por las pruebas pertinentes, se acredite la materialidad del hecho y su relación causal con el accionar de un sujeto. Así también debe recibir personalmente el dicho indagatorio del procesado y su eventual confesión, como también el de los testigos y, si procediere, sus respectivos careos. Realizará los reconocimientos y acompañará a los peritos si fuere necesario.

Por la inmediación el juez reconstruye y vive el hecho y conoce a sus personajes, sin intermediarios en forma directa y con mejores posibilidades de fidelidad.

2. Principios especiales

Son los que específica y únicamente fundan la estructura del proceso penal conforme su naturaleza y exigencias constitucionales.

a) Principio de necesidad

La Constitución Nacional en su art. 18, 1ª parte, impone que ningún habitante de la Nación, podrá ser penado sin juicio previo, extremo por el cual, en el ejercicio de su función penal, el Estado no puede prescindir del proceso como medio de declaración del derecho de punir en el caso concreto. Es decir: que se impone el proceso para que se tenga oportunidad de demostrar la comisión del hecho, su calificación, sus responsables y con todo ello, arribado a la sentencia, se declare el derecho subjetivo del Estado de aplicar la pena expresamente declarada en aquélla.

Mediante ese proceso, impuesto sin excepción por la Constitución Nacional, el Estado se autolimita en su función penal y se somete a la función jurisdiccional, obligado a probar el hecho y la responsabilidad por él mismo, frente a un sujeto al que se le da la oportunidad plena del ejercicio del derecho de defensa.

Esa necesidad del proceso penal ante la comisión de un delito, no se declina ante aquellos de los que nace acción privada, como tampoco ocurre ante las dependientes de instancia privada.

En el caso de la acción privada, lo que depende del ofendido es el ejercicio de la acción y su mantenimiento (art. 76, CPen.), que si lo desea la promueve y mantiene, o no lo hace, o la abandona. Situación esta que, por otros motivos, en los delitos de acción pública que se declaran dependientes de instancia privada (arts. 71, inc. 1°, y 72, CPen.), se repite para la promoción únicamente. Tanto uno como otro caso no son ajenos a la exigencia constitucional, la que conserva su sólida vigencia como recaudo necesario para

pretender la imposición de pena, como para que tal pretensión se convierta en derecho concreto de punir.

Nótese la importancia, como garantía de seguridad y de libertad, de este proceso que se impone ineludiblemente entre la previsión típica abstracta en la ley de fondo y la ejecución concreta de la represión. En verdad, en un trámite desnudo de respeto a la persona y a la sociedad, el Estado anoticiado de la comisión del delito y su responsable —como sería con evidencia el *in fraganti*— no necesita del proceso, materialmente podría punir directamente. Sin embargo, aun en ese caso extremo, debe cumplir la exigencia del proceso previo.

Esta necesidad del proceso penal es una nota típica, esencial, de tal solidez que por ella y sus consecuencias, se produce una diferenciación abismal con el proceso civil. No debe olvidarse esto nunca, porque en su función es que todos los demás principios procesales que se han señalado como comunes a ambos procesos, se particularizan de tal manera respecto del penal que prácticamente devienen especiales.

El proceso civil ofrece, ante las obligaciones contraídas por los hombres, la posibilidad, ante su incumplimiento voluntario, de recurrir a él *si voluntariamente se quiere hacerlo*. Puede darse el caso de que, por transado o por indiferencia o conveniencia, no se abra dicho proceso. Puede también que por iniciado, se lo decline y, en consecuencia, se lo cierre. En esas actitudes es incuestionable que hay —teniendo derecho— alguien que pierde y se somete. Es posible la admisión del injusto.

Actitud semejante está prohibida para el proceso penal. Se tiene *necesariamente que promover el proceso*. No hay nadie que pueda voluntariamente someterse a sanción y evitarlo; como escapar de ella transando. Es absolutamente imposible la admisión del injusto.

El proceso necesario que impone la garantía constitucional es sólo el de primera instancia completo. Las instancias de revisión ordinaria (Cámara) y extraordinaria (Corte), son voluntarias y escapan a la necesariedad. Ellas son organizables por ley, pero no impuestas por la Constitución Nacional.

b) Principio de obligatoriedad

Ese proceso penal *necesario* realiza una función del Estado (la penal) y hace directamente a la garantía fundamental de seguridad, por lo que es de *promoción obligatoria* a cargo de órganos públicos del Estado, especialmente instituidos al efecto.

Ésta es la razón por la cual el Código Penal de la Nación, como ley nacional (art. 75, incs. 12, y 31, CN), legislando para todo el territorio de la

República, regula lo que la doctrina presenta como normas procesales sustanciales, referidas a las acciones penales, sus tipos y modos de promoción. Aspira, ciertamente, a uniformar para toda la Nación esta materia, en verdad netamente procesal, extremadamente delicada, que no puede quedar librada a regulaciones locales múltiples con peligro de desnaturalización institucional.

Así es como dicho Código impone:

1) *Oficialidad* de la promoción de la acción penal, en cuanto coloca la obligación de hacerlo en cabeza de órganos estatales específicamente estructurados para ello.

En efecto, esa ley en su art. 71, 1ª parte, manda iniciar de oficio todas las acciones penales.

Por lo que, su ley instrumental —ya nacional, ya provincial— organiza el órgano encargado de cumplir el mandato. Según el Código Procesal nacional de 1889: el juez. Cualquiera que fuere la forma en que tenga noticia de la comisión de un delito del que nazca acción pública (denuncia, prevención policial), o de oficio *debe* instruir proceso.

Especial es la situación en los modernos códigos procesales penales de la Nación y las provincias en que, en un sistema acusatorio legalmente regulado, la división de funciones es clara y se coloca la actividad investigatoria previa preeminentemente en órganos diferenciados del tribunal mismo. Ese órgano preconstituido, con función específica y con atribuciones propias muy amplias, es el Ministerio Fiscal.

De esa oficialidad en la promoción escapan, por expreso mandato de la ley penal, las acciones que regula como dependientes de instancia privada (arts. 71, inc. 1°, y 72, CPen.) para las que crea una suerte de preacción, en cuanto, conservando su calidad de acción pública oficiosa, le impone al órgano público encargado de promoverla, la previa satisfacción de una condición: que la víctima del delito le abra la instancia (haga la denuncia), luego de lo cual la oficialidad es plena.

Se suman a esa excepción de oficialidad, las acciones privadas, respecto de las cuales, tanto la promoción, como el posterior desarrollo, dependen del estímulo del privado titular.

2) *Inevitabilidad* en la promoción de la acción pública, por lo que le está vedado al órgano público legalmente encargado de ello, deliberar sobre la conveniencia u oportunidad circunstancial, social o política de su cumplimiento y, en su consecuencia, abstenerse, demorarse, declinarla. Está excluido todo oportunismo; se alza por encima de todo la obligación ineludible de promover.

3) *Irretractable* es, por ende, una vez promovido el proceso. De modo que su suerte no pueda depender de la voluntad de las personas públicas o privadas que lo hayan iniciado.

Esto no quiere decir que, tras la investigación y el correspondiente acopio de las probanzas sobre el pretendido objeto procesal, no pueda arribarse luego, con ajuste a las previsiones legales, por inexistencia del hecho o su calidad delictiva, o por duda a su respecto, o falta ineludible o no suficientemente acreditada de responsabilidad del imputado, a pedido del fiscal o por iniciativa del juez a un cierre del sumario anormal, como son los sobreseimientos. Esto no implica una retractación de la promoción, sino una forma de terminar el proceso por falta de mérito para seguirlo.

c) Principio de veracidad

El hecho criminal y sus responsables, como realidad, pertenecen al pasado. Para conocerlos es necesario reconstruirlos históricamente y convertirlos en presente permanente en el proceso; presente accesible a todos los que aborden dicho proceso. Pero esa reconstrucción se hace en función de *conocimiento* y con aspiración de *verdad material*. Ello es así porque se cumple con el método histórico-crítico, es decir mediante la ciencia de lo cierto, que, concretada a ese propósito específico, es la *crítica criminal*.

La realidad existe como tal con prescindencia total del hombre; sólo existe. No es ni buena, ni mala, ni cierta, ni falsa; ni conocida, ni desconocida. Esto sólo surge cuando se la relaciona con el hombre que aspira conocerla y valorarla. En función de conocimiento, se la plantea como hipótesis y se la admite precariamente como base de investigación. En un camino progresivo, por distintos medios, adquiere más conocimiento y pasa por grados sucesivos de posibilidad, creencia, probabilidad, certeza. La coincidencia subjetiva de lo que el hombre tiene por cierto (grado de certidumbre) con la realidad, constituye la verdad subjetiva, que puede o no coincidir con la objetiva.

Si cree en ella, pero no hay coincidencia, aparece el error judicial. Si se acerca a ella pero no llega a admitirla totalmente porque restan lagunas, que podrían abrir una vía de oposición a lo acreditado, aparece la duda.

La verdad fundada en el acopio de elementos reales reunidos en el proceso, con prescindencia de la confesión de las partes admitiendo como verdadero lo simplemente afirmado por otro sujeto, es lo que se reconoce como *verdad real o material*.

Ésta es la única que admite el proceso criminal. La formal, el mero acuerdo, aceptable en el proceso civil, no tiene cabida.

Para la satisfacción de este propósito, que es el alcanzar el *conocimiento de la verdad real*, el derecho procesal penal provee distintos medios que no son sino las pruebas, a cada una de las cuales les reconoce su valor acreditativo, señalando la forma de su valoración.

Esto es lo que ha dado origen a dos sistemas:

1) *Pruebas legales*. La ley que desconfía del juez, le impone un catálogo de pruebas y le señala, legalmente, su valor, en una especie de tasación de la prueba. Ello reduce al juez a un mero realizador de la prueba indicada y a un computador de cumplimiento de los requisitos que ellas deben reunir y si ello es satisfactorio, tener por probado tal como se lo manda la ley.

Se le endilga al Código Procesal nacional viejo la aceptación de este sistema. No estamos de acuerdo con que el panorama sea tan crudo, si bien admitimos que no se ha despegado mucho de él. Hay sana crítica en el acabado modelo de la prueba pericial. Se presenta, no muy nítido, en la de testigos, por cuanto si bien computa el número de testigos y la satisfacción de las exigencias legales, le deja al juez, conforme a la sana crítica, la posibilidad de no admitir la probanza (arts. 346 y 305, 306, 307, respectivamente).

2) *Libres convicciones*. Libera al juez de todo pautamiento condicionante y valorativo realizado por el legislador y le da la libertad técnica de elección del medio a emplear y de valorarlo conforme las reglas de la lógica, dentro del marco del sentido común. Ese proceder del juez —siempre atado al razonamiento lógico— puede ser con la exigencia de la exposición de los distintos pasos de su razonar lo que se nomina *sana crítica*, que es la que aspira a dejar expuesto en el proceso el fundamento usado, para que sea referencia de defensa, tanto para el que expresa agravios, como para el que mejora fundamentos, en el trámite de impugnación recursiva. En contrario, siempre en la fundamentación lógica, puede no exigirse el asentamiento de los fundamentos, y sí sólo la conclusión, lo que se nomina *sana lógica*.

Fuera de ello, la avanzada de la valoración está dada por lo que se denomina *íntimas convicciones*, en la cual no hay exigencia técnica, ni exposición de fundamentos. Es la base de la valoración de los hechos por jurados.

d) Principio de liberalidad

Atento que el proceso penal centra todo su esfuerzo cognoscitivo en alcanzar la verdad real respecto de su tema que es el representado por el objeto procesal, teniendo en cuenta que su logro pasa por varias etapas de gradual conocimiento y en consecuencia, que el éxito positivo puede frustrarse antes de lograr la convicción, dejando un *estado de equilibrio* en un empate de probabilidades probadas, se hizo necesario jerarquizar la consecuencia

de tal empate, y así se lo hizo erigiendo la *duda* como instituto jurídico procesal penal.

Surgida la duda en el proceso y no pudiendo disiparla, porque, de momento, no hay otros medios de prueba, se arrima a ella, como consecuencia, un *efecto liberatorio*, que se traduce en el aforismo: en la duda, siempre a favor del reo (art. 3°, CPP).

III. Proceso escrito y proceso oral

Los distintos principios expuestos precedentemente, agrupados según sus coincidencias finalistas, determinan la existencia de dos sistemas procesales contrapuestos.

a) *Inquisitivo*: que parte de la concentración de las funciones acusatorias, defensiva y juzgatoria en cabeza de un solo sujeto: el juez. Se integra con notas distintivas que lo completan, como son: la escritura, la restricción de publicidad con vigencia de largos períodos secretos; la intermediación entre el juez y el resto de las personas del proceso, de los distintos delegados del juez; dispersión de los actos procesales, precisamente por esa delegación funcional; ausencia de contradicción; sistema de prueba legales; discontinuidad en los actos procesales; ausencia de continuidad procesal en el juez; lentitud en el trámite; instancias múltiples para las cuestiones de hecho; diversidad de recursos; tribunales unipersonales, y colegiados para las instancias superiores.

Nace en el Bajo Imperio Romano, se mantiene en la Edad Media en tribunales eclesiásticos, resurge a pleno con la organización procesal de Luis XIV en Francia. En forma mitigada, casi en un eclecticismo marcado, se mantiene para la etapa instructoria y se compensa con su contrario, el acusatorio, en el plenario, aun cuando en éste el juez pueda llamar testigos de la instrucción y mandar medidas para mejor proveer por propia iniciativa. Esto ocurrió con los códigos de la Francia revolucionaria y filtra su influencia en el siglo pasado entre nosotros y es recogido, en esta última forma, por nuestro Código Procesal Penal de la Nación.

Su nota sobresaliente, de la que derivan casi todas las otras, es la escritura. Y es por esta última que al inquisitivo, sintéticamente: se lo denomina "proceso escrito".

b) *Acusatorio*: éste, en total contradicción con el anterior, desconcentra las funciones procesales y atribuye la acusación a un órgano neto y preconstituido que tiene la función de investigar, probar, promover la acción y acusar; frente a otro independiente que controvierte, prueba y defiende;

ambos ante un tercero que escucha, conoce, valora y juzga. Acusador, acusado y juez.

Se compone con notas distintivas afines que lo integran y complementan, como son: oralidad; publicidad; inmediación; concentración de audiencias; instancia única; tribunal colegiado; igualdad ante la ley; sana crítica; unidad y continuidad de actos sin delegación en funcionarios intermediarios; identidad personal de los jueces (ellos continúan en todas las audiencias, escuchan, valoran y fallan); seguridad, rapidez y economía.

Este sistema es muy antiguo. Se lo encuentra ya en las leyes de Manú en las que se prohibía expresamente a los jueces formular acusación. Rige en la monarquía, república y alto imperio romanos. Se mantiene en la Edad Media en Germania. Pasa a Inglaterra y a Estados Unidos de América. Continúa hasta hoy. Y pasa a informar la reforma procesal argentina desde 1939, con el nuevo Código Procesal Penal de Córdoba. De allí en más, se extiende a Mendoza, Santiago del Estero, San Luis, Salta, La Pampa, Chaco y prácticamente, ya por recientes leyes, o por proyectos encargados sobre tal base, se extiende a todo el país.

Su nota sobresaliente, de la que derivan casi todas las otras, es la oralidad. Y es por esta última que al acusatorio, sintéticamente, se lo denomina "proceso oral".

La marea de reforma y modernización procesal penal ha invadido y fructificado en casi todas las provincias argentinas, pero, pese a todos los esfuerzos, no había podido vencer al Código Procesal Penal de la Nación, el que habiendo cumplido más de un siglo de vigencia, continuaba manteniendo el sistema inquisitivo descripto en el planteo anterior.

Para su reforma se habían elaborado varios proyectos, algunos con entrada en el Congreso nacional, incluso con avanzados estudios de comisión, pero ninguno había tenido la suerte de llegar al tratamiento en sesiones.

Entre ellos se destacaba el elaborado por el doctor Ricardo Levene (h), el que recoge en sus previsiones el trabajo y esfuerzo de más de cincuenta años de bregar sobre el punto. A este lo llamaríamos de sistema acusatorio criminal y juicio oral, que impone un cambio de mentalidad en el derecho procesal penal argentino.

Recoge todos los principios que hemos enumerado en el inicio de este apartado. Y se especializa de inicio en la definición del defensor y sus atribuciones que, con amplitud, las facilita desde el principio mismo de la investigación, aun en el sumario prevencional de policía. En tanto que para el fiscal regula facultades instructorias interrelacionadas con las del juez de instrucción. Por su lado, la querella desaparece como forma de iniciar proceso para todos los delitos de acción pública y sólo se la conserva para los

de acción privada. Se instituye el actor civil. Refirma el principio de igualdad de todos ante la ley procesal y regula el desafuero para los privilegios parlamentarios y la destitución por juicio político para la cabeza del Poder Ejecutivo y los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. La de los demás jueces inferiores de la Nación, hoy, por la reforma de la Constitución Nacional (art. 114), se lleva a cabo por el *jury de enjuiciamiento* que integra el Consejo de la Magistratura.

La introducción al proceso se hace por vía de un período instructorio que se inicia por denuncia o de oficio, por el fiscal y policía. El fiscal tiene a su cargo, sobre lo que resulta de la investigación, la facultad de requerir al juez tanto la instrucción como todos los pasos necesarios para la investigación, cerrando la misma, que tiene una minuciosa regulación, tanto en lo que hace a la prueba, como a los pasos de desarrollo, en los hechos y en los que hace al imputado y su responsabilidad.

Cuando este sumario está, a criterio del juez, instruido, trabajo en el que no puede invertirse más de cuatro meses con prórroga de dos más, si fuere necesario y concedida por auto fundado, se cierra y se pasa al fiscal y si éste considera mérito para abrir el juicio, pide la elevación y abre el juicio criminal oral de instancia única para cuestiones de hecho, ante tribunal colegiado, dirigido por su presidente con oralidad total, debate amplio, prueba en ese período, continuidad en las audiencias, alegato final y dictado del veredicto y emisión de la sentencia. Los recursos, sólo para cuestiones de derecho, son el de casación, inconstitucionalidad y revisión ante la Cámara de Casación y extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

IV. POLÍTICA PROCESAL PENAL

La elección de lo mejor y su sistematización regulada, para alcanzar una ajustada administración de justicia, dentro del marco fundamental establecido en orden de derechos y garantías, individuales y sociales, y la estructura y organización política y funcional del Estado, cumplidos por la Constitución Nacional, es la materia operativa propia de la política procesal penal.

Es la política procesal penal la que conforme con las garantías individuales, debe regular el perfil de cada acto procesal. Es así, como, por ejemplo, se reguló el acto indagatorio del procesado, en minuciosa consulta de la *libertad* por un lado y la *seguridad* por el otro. Y es función de la política procesal penal detectar, dentro de ese marco fundamental citado, la nece-

sidad de evitar procesamientos inútiles o declaraciones testimoniales improcedentes tomadas al imputado, cuando se necesita una información que éste sólo puede dar, y sobre ello proponer, estructurar y lograr la declaración en una forma intermedia, sin procesamiento, como simple imputado y rodeado de las garantías totales del procesado. La ley va adecuándose y ajustándose siempre al marco constitucional. Y no es ajena a ello, también, la exigencia temporal de duración restringida del proceso penal, en permanente avance, vigilado y activado por el juez, por cuanto el tiempo es garantía constitucional tanto para la sociedad como para el individuo.

Es también materia de la política criminal procesal, detectar y corregir, proponiendo el sistema institucional adecuado, no sólo el acto de procedimiento, sino todo su sistema. Por ello es que si analíticamente y en función comparativa con los recaudos constitucionales y las garantías sociales e individuales se arriba a la conclusión, por ejemplo, de que el viejo Código Procesal Penal de la Nación nació, en su época, inadecuado, no sólo a los más avanzados principios del momento, abrazando modelos que en su propio origen fueron casi contemporáneamente dejados de lado, sino que ello a su vez, determina una incongruencia institucional con lo impuesto por la Constitución Nacional, es de buena política procesal penal proponer el cambio de legislación, proyectando, impulsando u obteniendo la sanción de la que parecía conforme —ajustada a la actualidad y sus exigencias de todo orden— a una satisfacción plena de los propósitos de la Constitución Nacional.

La reforma y actualización de todos los códigos procesales de las provincias es obra de esa política y también lo es su esfuerzo por reformar el nacional. Pero también lo sería, ya que no se puede superar la barrera constitucional sin su reforma, tratar, por vía de acuerdos con las provincias y con la Nación, de instituir un Código Procesal Penal con vigencia en toda la Nación o acordar un código tipo con aceptación uniforme local.

Esa custodia permanente, tanto para la conservación como para la renovación dentro del marco de la Constitución Nacional, de la o las leyes procesales penales, es la razón de ser de la política procesal penal.

V. JUICIO POR JURADOS

a) Introducción

El tratamiento y su aceptación o rechazo como institución jurídico-política es tradicional en nuestro país, en el que desde 1853 hasta nuestros días, pese a ser su instauración un mandato constitucional, ha enfrentado

los sectores doctrinarios en favor y en contra y ha sido siempre minoría entre los legisladores, los que se han negado a implantarlo.

Todos los opositores han dejado de lado a la Constitución Nacional y, pese a ser los legisladores los mandatarios de los constituyentes y su Carta, se dedicaron a criticarlo y se negaron a instituirlo. Esos legisladores que olvidaron su condición se alzaron contra el mandato; si consideraron inconveniente dicho sistema, hubieron de promover por la vía legal constitucional la reforma y supresión de la orden que tenían que cumplir.

Lo triste del caso es que el argumento inicial del rechazo, no es sino un insulto al pueblo de la Nación, en cuanto se lo tachó de ignorante e incapaz de cumplir esa misión judicial. Ésa, expresamente dicha en su exposición de motivos por el primer legislador del Código Procesal en Materia Penal (1888), fue la base de la inercia legislativa por parte de los que, para poder ser elegidos adularon al soberano y lo consideraron inteligente en su favor y luego, cuando asumieron, lo insultaron.

Nosotros, que vamos a tratar el tema en este lugar por cuanto para ello era necesario considerar todos los principios y sistemas en función de política procesal penal como lo hicimos, no estamos de acuerdo con dicha institución, no por su calidad y no, por cierto, por sumarnos al agravio histórico que comentamos. Estamos en contra por considerar al instituto de referencia inadecuado para el perfil cultural de nuestro pueblo. Y cuando invocamos ese perfil cultural no hacemos sino referirnos a las raíces mismas de él, en lo que hace a sus postulados básicos, sentimientos, razas y todo lo que hace que cada pueblo tenga su propia personalidad.

Por tales razones es que a continuación, en forma muy sintética, daré el concepto de este sistema, su ubicación en el proceso, las razones principistas esgrimidas a favor y en contra y fundaré mi conclusión.

Pero desde ya aclaro que si la Constitución Nacional no se reforma en ese punto y se suprime la exigencia, me someto al mandato —como también deben hacerlo los legisladores— y exhorto a todos los demás a que lo hagan, por cuanto siempre que cumplamos con ella, seguiremos siendo libres.

b) Concepto

No se trata de un sistema procesal autónomo, sino sólo de un complemento o variante del acusatorio. Consiste en una fundamental reestructuración del órgano jurisdiccional propio del acusatorio, al que divide en dos sectores: 1) juez técnico que dirige el desarrollo del proceso con ajuste a la ley que lo pauta, lo morigera evitando los excesos y resuelve las cuestiones incidentales, para, al final y luego del veredicto de culpabilidad o inocen-

cia, dictar la sentencia que corresponda en derecho; 2) jueces legos que recibiendo el nombre de jurados, en forma colegiada viven en presencia todo el curso procesal, en lo que funda la existencia o no del hecho y la culpabilidad o no del imputado, para, en forma puramente fáctica, a través de una valuación sólo de íntimas convicciones, arriban a la conclusión de "culpable" o "inocente". Ese veredicto es el fundamento para la aplicación del derecho por el juez técnico.

El juicio acusatorio, con su oralidad, publicidad, continuidad e inmediación y todas las consecuencias positivas de ello derivadas, es verdaderamente autónomo por lo que existe por sí. En tanto que el por jurados se monta sobre aquél y lo completa en la forma ya explicada. El juicio por jurados solo, hoy no existe.

c) Perfil social de la institución

Sus profundas raíces se hunden en el pasado histórico de los pueblos antiguos, los que de un modo general presentan una gran consustanciación con la divinidad, a tal punto que el todo social estaba dado por sus dioses y cada uno de los individuos existía y era protegido por formar parte de ese todo. A ese todo divino le debían todos sus esfuerzos, cuidados y respeto; fuera de él no eran nada; él les daba la paz. De tal principio extraían sus creencias sobre el alma y sobre la muerte.

Por cierto que había diferencias entre ellos, pero también es cierto que era común que de ello derivara una gran cohesión, prestación de servicio comunitario e individual, responsabilidad por el cumplimiento y un profundo respeto de sus instituciones y de la sumisión que a ellas les debían. Todas sus normas reguladoras de su convivencia —pública y privada— se adecuaban a la necesidad emergente de esa inspiración básica.

Ése era el perfil social que los distinguía y la base de sus respectivas culturas [3].

Todas evolucionaron, pero fue Roma la que cubrió mayor extensión y tiempo y produjo una amplísima cultura jurídica y una especial estructura de la administración de justicia.

Cuando el Imperio Romano fue invadido por las tribus bárbaras tenía ya asentado su sistema en Europa continental y hacía vivir a todos los pue-

[3] Ver en tal sentido, especialmente en lo que hace a la necesidad de estudiar las más antiguas creencias de los antiguos para conocer sus instituciones y su posterior estudio, en su función, de las instituciones romanas, FUSTEL DE COULANGES, *La Ciudad Antigua - Estudio sobre el culto, el derecho, las instituciones de Grecia y Roma*, Jarre, Madrid, 1920.

blos su sistema. En tanto, Europa insular (la hoy Inglaterra) hacía ya muchísimo tiempo que había expulsado a los romanos de su territorio y erradicado el incipiente asentamiento cultural que allí ellos habían producido.

Todos los pueblos bárbaros del Norte eran poseedores de una cultura básicamente similar a la de los demás pueblos antiguos que hemos citado y sobre ella había organizado sus instituciones. Entre ellas se destacaban las asambleas que todo el pueblo hacía para administrar justicia en forma multitudinaria, pero la cumplían con verdadera unción.

Ahora bien, de esas tribus, unas, las germánicas, invadieron Europa continental y chocaron con la cultura romana y con las propias que portaban no pudieron penetrarla, por lo que todos, invasores e invadidos, conservaron cada uno lo suyo en convivencia. Pero con el andar del tiempo los bárbaros fueron absorbidos por el sistema romano y fueron abandonando o debilitando sus costumbres. Fue por ello que Carlomagno en el año 805, ante la escasa concurrencia popular a las Asambleas, creó por decreto imperial una suerte de representación reducida para integrar tribunales de justicia. Éste fue el origen de los que se llamaron "escabinos".

El curso de los tiempos siguió y los tribunales técnicos de los romanos ocuparon todo el lugar. La justicia popular desapareció.

En cambio, la Europa insular —Inglaterra— fue invadida por los anglosajones, portadores de las mismas instituciones, pero no encontraron allí la barrera de la cultura romana, por lo que vivieron con las suyas. Y fueron éstas las que evolucionaron a través del tiempo y asentadas en un gran sentido de la justicia, la obligación por ella, la voluntad de intervenir en ella y el gran respeto por las instituciones y en especial por la policía, desembocaron en la institución del jurado. Integrado por hombres extraídos al azar de un padrón confeccionado al efecto, que juzgaban los hechos (juez del hecho), sin tecnicismo jurídico alguno, de buena fe y por sus íntimas convicciones. Lentamente se convirtió, en definitiva, en símbolo y ejercicio de libertad.

d) El jurado y el liberalismo [4]

Esa expresión o símbolo real de la libertad que mostraba el jurado en la sociedad en la que había nacido, fue visto por el movimiento liberal como la expresión más pura de su filosofía que lo recogió como tal. Esa corriente

[4] Tomamos como referencia de este punto a: GONZÁLEZ, Florentino, obra y lugar individualizado en nota 5; OSORIO FLORIT, Manuel, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XVII, ps. 472 y ss.; RUBIANES, Carlos J., *Manual de derecho procesal penal*, t. I, Depalma, 1978, ps. 233/234.

de pensamiento importó a Francia una idea, pero no una realidad adecuada a su modo de ser social.

Cuando estalla la Revolución Francesa, fiel a su doctrina, el liberalismo triunfante instala, en pleno fragor revolucionario, lo que él estimó como jurado y que no fue sino un mero tribunal popular, un curso cuya única desembocadura fue la guillotina.

De esto último puede extraerse la idea de que las convulsiones sociales, el encontronazo violento de las pasiones políticas o sociales, en síntesis, la falta de paz social, no permite el funcionamiento justo del jurado. Él, en tales circunstancias, es sólo un instrumento, por medio de la indiferenciación del pueblo que a él llega, de venganzas, repudio, pasiones bajas, en fin: todo lo que conduce a la injusticia.

Francia los suprime y todavía en 1869 en el parlamento el diputado Ernesto Picard seguía pidiendo su implantación.

Francia formaba el bloque de la barrera romana en la época de las invasiones bárbaras, que, a la postre, fueron absorbidas por la cultura romana y extirparon las raíces sociales que, por otro lado y con otra realidad, triunfaron en Inglaterra con el jurado. Por esa razón la institución desaparece en el continente, aun cuando los corifeos liberales seguían reclamándola.

En 1821 España reúne sus Cortes y en ellas reclama la imposición del jurado, alabando en sus fundamentos la libertad que él representaba. Luego, desde entonces hasta hoy, España lo instáló ocho veces, lo suprimió otra tantas y en la actualidad funciona, pero con la protesta de cada ciudadano que contrae la obligación de ir a administrar justicia. España tiene un perfil cultural propio muy diferente al foráneo inglés; tiene otras raíces, otro modo de ser, en síntesis, otra cultura. Son dos realidades sociales opuestas.

Esta historia se repite con sus vaivenes en Europa continental.

En tanto, en el mundo de los países o dominios ingleses, o los que, independientes, tienen su misma raíz, el jurado fue instalado, triunfó como sistema y es respetado. Lo impuso en Ceilán cuando pretendió su independencia, prendió, formó escuela y terminó tranformándose en país del Commonwealth. Pero Ceilán estaba formado en la cultura anglosajona.

En la India pasó lo mismo, pero cuando su pueblo gozaba del ejercicio del jurado y administraba su propia justicia, la Corona pretendió llevar a Inglaterra y juzgar allí al Mahatma Gandhi. Se provocó una sublevación popular y, después de muchos sinsabores, tuvo que darle la independencia a la India. Ésta, como dominio y como país libre, tenía una formación social adecuada para su recepción por el largo contacto con los anglosajones.

Triunfó y se instaló en los Estados Unidos de América porque el perfil social y sus raíces llegaron al continente, fueron su semilla y fue desprendida de la cultura anglosajona.

Del otro lado del mundo, en el resto de América, las raíces sociales no eran las mismas. Y aun cuando en su independencia, las distintas naciones nacientes, abrazaron el liberalismo y estructuraron sus constituciones y algunas instituyeron el jurado, por fuera del ambiente social, éste no tuvo la aceptación y respeto que en su cuna lo hizo viable.

La República Argentina no fue extraña a este movimiento liberal y, al independizarse, incorporó a la letra de su Constitución el mandato de instalar en el país el juicio por jurados y terminar por él los juicios pendientes [5].

Al mismo tiempo, el texto constitucional manda dictar la legislación de forma y fondo que sustituiría a la vigente y que no era sino un laberinto de normas dictadas desde lejos por la madre patria que ni siquiera pudo ordenar ella misma con el dictado de las recopilaciones. Esta cláusula indica claramente el origen de nuestro perfil cultural; hasta qué punto nos había penetrado su legislación y desorden y cómo el campo social no estaba preparado para receptar una institución extraña a su perfil cultural. Repito: perfil cultural; raíces, modo social de ser. Rechazo el argumento de la ignorancia de nuestro pueblo.

e) Fundamentos doctrinarios a favor y en contra

Son muchos los que se han expuesto tanto por los partidarios como por los contrarios de este instituto. Nosotros aquí vamos a recoger sólo algunos y le formularemos la crítica que estimamos procedente.

a-1) A favor se dice que el jurado permite una mejor adecuación de la norma legal genérica al caso concreto materia de cada proceso en particular.

Ello es cierto por cuanto las leyes penales pueden llegar a ser excesivas en situaciones límite y como se manejan con escalas de pena con máximo y mínimo, pudiendo, en lo particular, sobrepasar lo justo, en vez de cumplir un fin positivo, sólo harían daño individual y social.

Ejemplo de lo que antecede fue la Francia revolucionaria que en 1791 puso en vigencia un Código Penal adecuado al liberalismo y para evitar los excesos interpretativos que habían sufrido de parte de la justicia monárqui-

[5] En el desarrollo del punto anterior y en el del presente hemos tomado como base el valioso estudio del tema efectuado por GONZÁLEZ, Florentino, *El juicio por jurados —breve noticia—*, Imp. Lit. y Fundición de tipos a vapor, Buenos Aires, 1869, ps. 11/44, aun cuando en el resto podamos disentir pero coincidiendo en el total respeto a la Constitución Nacional mientras su mandato sobre el punto subsista en su texto.

Este autor trata el juicio por jurados en su obra *Lecciones de derecho constitucional*, 4ª ed., Biblioteca de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (tipográfico F.2488), 1889, ps. 411/419.

ca, les prohibieron a los jueces suyos interpretar la ley; sólo debían aplicarla. Y para estrechar aún más la imposición y aventar el peligro, a cada delito la ley le impuso una pena fija. Como en los casos concretos ella era frecuentemente excesiva, en pos de una adecuación el jurado absolvía declarando inocencia. Es decir, el sistema todos los días llevaba a violar la ley. Se cambió un mal por otro mucho más grave.

En nuestro país los tribunales no son fuente de derecho penal; no gobiernan con el precedente. Pero el exceso que comentamos tiene su antídoto constitucional en la propia Ley Fundamental, en cuanto se otorga al Poder Ejecutivo una facultad cojudicial que permite en esos casos corregir el ajuste con el poder de gracia que le acuerda, ya *conmutando*, rebajando, la más baja que la ley le permitía imponer al juez; o, lisa y llanamente, extinguiéndola por el *indulto*.

2) También a favor se argumenta que como los que integran el jurado son hombres que viven y sufren en el llano social, llevan a la justicia la frescura de la realidad que muchas veces demanda la reforma de la ley penal aplicable y que no se lleva a cabo por los poderes correspondientes, por lo que ellos la evidencian adecuando su veredicto.

Es verdad que la ley penal es un cuerpo que, tras los cambios sociales, se desadecua con la materia que aspira regular. Pero también es cierto que en nuestro sistema el cambio de la ley, la Constitución Nacional lo otorga al Poder Legislativo y la ley penal prevé, a su vez, la vigencia automática de la ley más benigna, no sólo para el procesado, sino también para el condenado.

Si el legislador no cumple con su función estará sujeto a las sanciones que correspondan; pero el ciudadano no puede aspirar a corregir él, por su "vivencia de la realidad", lo que él mismo creó con su voto, nombrando a un inútil para que lo representara en nuestro sistema republicano y representativo.

Hoy el clamor popular por la reforma puede hacerse sentir por la prensa y todos los más variados medios de comunicación, no sólo en nuestro país, sino en todo el mundo, en el cual ya no hay distancias. Los ciudadanos tienen el derecho de peticionar ante los poderes y fundar e instar una reforma. Pero no pueden asumirla ellos mediante una violación a la ley vigente.

3) También a favor se ha llegado a sostener que el jurado tiene la facultad soberana de desobedecer, extremo éste que no puede sino estar engranado con el sistema de íntimas convicciones sobre el cual sustentan su veredicto y que permiten la no exposición de fundamentos.

Este discurso carece de seriedad, por lo menos en nuestro sistema constitucional, por cuanto no hace sino proclamar la total irresponsabilidad de los hombres que aspiran administrar justicia.

Por cierto que ninguna de estas tachas exime a los jueces técnicos de la Constitución de cumplir con su deber con denodado esfuerzo, incluso sacrificio, sapiencia y corrección, estando al servicio únicamente de la justicia.

Hay muchos otros postores a favor, pero con lo expuesto y a los fines de esta exposición estimamos suficientes los señalados.

b-1) [6] En contra de esta participación en la administración de justicia, se alza el argumento de que la Constitución Nacional, al imponer la igualdad ante la ley de todos los habitantes, también los habilita para desempeñar cargos públicos, con la única condición de su ideoneidad. Le niegan al ciudadano común, no profesional, esa realidad y erradican el instituto por tal razón.

Estimamos no ajustada a derecho tal objeción. La objetiva letra del mandato constitucional al decir sólo "idoneidad" no la califica como profesional, sino únicamente como capacidad, la que concordada con los derechos y garantías de todos los hombres no es sino la ciudadana, la del buen sentido común, la del hombre normal (y honesto) que vive, siente y piensa dentro de la realidad social en que habita. La postulada en el argumento que criticamos sindicaría como idóneos sólo a los profesionales y dentro de tal grupo preferentemente a los abogados. Este argumento parcializa a la ciudadanía y declara a un sector como apto y niega esa claridad a los demás. Estaríamos en una república de abogados.

El argumento que atacamos está muy bien fundado. Lo que no aventa es que la misma Constitución Nacional en que se apoya para la negativa, manda instalar el juicio por jurados.

2) El mismo autor analiza el fundamento contrario que sostiene, a través del argumento político emergente de la forma representativa y republicana que adopta la Constitución Nacional, y termina su erudito razonamiento diciendo: "...el jurado popular, lejos de ser una existencia de nuestro sistema de gobierno, contraría el principio republicano representativo que condiciona al de soberanía nacional".

En el caso concreto que estudia se volvió a olvidar del mandato constitucional que ordena instaurar el juicio por jurados y terminar por él todos los procesos pendientes. En síntesis parecería decir que la Constitución Nacional es inconstitucional.

3) Concluye el tratadista analizado con un argumento crítico del que también es estudiado, a favor y en contra, por otros [7] y que se centraliza en

[6] En la consideración de estos argumentos contrarios nos hemos basado en VÉLEZ MARICONDE, *Estudios de derecho procesal penal*, t. I, Universidad Nacional de Córdoba, 1956, ps. 199/219.

[7] Ver OSORIO Y FLORIT, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XVII, ps. 472 y ss.

la independencia total de toda influencia política de los otros poderes que tiene el jurado que no debe su cargo de juez lego a ningún favor; que por su fugacidad dada por la duración del único proceso en que interviene no tiene tiempo de soportar presiones, ni de corromperse.

La crítica que el profesor considerado dirige a este argumento dice: "...que ello implica dudar, en un país republicano, de la honestidad de los gobernantes y firmeza de los jueces": se teme que los primeros (se refiere al Poder Ejecutivo) ejerzan una perniciosa influencia sobre los segundos, con "promesas y amenazas" que nunca podrían existir ante los jurados, y que la inamovilidad "no sofoque en los magistrados la ambición y los deseos de honores y riquezas... Este argumento es tan falaz como todos los que se basan en una supuesta deshonestidad de los funcionarios públicos, es decir, de los representantes directos... o indirectos del pueblo...".

Nosotros, por nuestra parte, no apoyamos la instalación del jurado, pero respetamos juiciosamente el mandato constitucional.

El argumento analizado choca frontalmente y se hace añicos contra la realidad histórica actual de nuestra patria, que, tras muchas otras cosas, se vio invadida por la corrupción de sus funcionarios, y penetrado en el ámbito de sus jueces haciendo que muchos de ellos presentaran todos los estigmas que el autor de marras negó enfáticamente como imposible en la medida caótica en que se ha presentado. No creemos que el antídoto sea el jurado, pero con dolor y vergüenza asistimos a la degradación de la justicia de nuestro país. En ella el poder político introdujo, mantuvo y hasta obstaculizó su separación negociando, jueces espurios sin valor científico que impúdicamente negociaron para sí, unos, o que protegieron como "oficialistas" o "adictos al gobierno" actos de gobierno negativos, ya sea por paralización de los procesos o bien dictando resoluciones ajustadas a la orden que recibieron, otros.

Cuando el poder se echa a perder, ni el juicio por jurados es remedio.

f) Antecedentes normativos en nuestro país

La introducción del instituto del juicio por jurados, con distintas variantes reguladoras que no cambiaban su esencia, se produjo en nuestro país desde la Asamblea de 1813, que recogió el proyecto de Constitución para las provincias del Río de la Plata de 1812. Y de ahí en más ocupó su lugar como aspiración constitucional en los proyectos de 1813, 1819 y 1826, a la

par de que también lo hizo en el proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica, de igual modo que lo hizo el de Pedro de Angelis. Aparece nuevamente la institución con motivo de las "instrucciones que la Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires da a sus representantes al futuro Congreso General de todas las Provincias de la Unión" el 12 de septiembre de 1815, el que se repite con iguales instrucciones en 1817.

Así se llega a la Constitución de 1853 con la modificación de 1860, que con la de 1994 rige aún, con idéntica exigencia de implantación del juicio por jurados [8].

Recientemente se suma a todo ello en 1952 un proyecto específico sobre la ley de juicio por jurados y otro de 1998, ambos del Poder Ejecutivo - Ministerio de Justicia. Y también figuran cuatro proyectos presentados en la Cámara de Diputados en 1997/1998.

Todos ellos regulan procesalmente el juicio por jurados. No tuvo sanción ninguno de ellos.

g) Aclaración especial

No debe confundirse la actuación institucional del jurado, tal como lo hemos relatado, que en todos los países, lo acepten en su derecho positivo o no, tiene por finalidad esencial la afirmación de la libertad del hombre como bien fundamental a preservar; con los jueces populares del régimen de la Unión Soviética. Éstos no eran jueces, sino custodios de la política comunista en medio de una inhumana dictadura. Eran hombres sin título que debían seguir un curso previo de dos años en las escuelas del partido, en las que se les instruía sobre cómo debían proceder; la doctrina comunista del régimen soviético era su libro.

Ellos no eran apoyo de libertad; sino todo lo contrario, eran la negación de ella [9].

h) Conclusión

Tal es el régimen que se considera la máxima expresión de la libertad democrática del hombre.

[8] Ver SALVADORES DE ARZUAGA, Carlos I. y otros, "El juicio por jurados", ED, 15/5/1997, en el que se comenta incluso, con transcripción de las actas, el debate en 1853 sobre el punto.

[9] SCHMIDT, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, trad. de José Manuel Núñez, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.

Tiene un perfil cultural específico propio de otra cultura que no es la nuestra.

Por ello no debe considerárselo apropiado para el pueblo argentino. Pero mientras la Constitución Nacional se mantenga con su mandato sobre el punto, debemos cumplirla.

i) Los "escabinos"

La antigua creación del emperador Carlomagno (año 803), por la que formó tribunales con jueces legos que juzgaban tanto los hechos como la responsabilidad del acusado y también aplicaban el derecho a ese caso concreto, estaba llamada a convertirse modernamente en un sistema que, al lado del jurado, comparte con éste su admisión en algunas legislaciones.

De ello da cuenta Eberhard Schmidt, en la obra ya indicada, en cuanto narra su historia y aceptación en la Alemania pre y postnazi.

Tanto la institución del "jurado" como la de los "escabinos" dan participación en el proceso a los jueces legos, pero se diferencian en cuanto a la amplitud de su función profundamente.

Los primeros no integran el estrado de los jueces técnicos, sino que, separados geográficamente de ellos en la misma sala, se agrupan, deliberan y emiten su veredicto sin mezclarse. Ese veredicto se expide sólo sobre la situación de hecho (hecho y sujeto imputado), siéndoles por completo ajena la aplicación del derecho, la que está reservada exclusivamente a los jueces técnicos. Los "jurados" reducen tal veredicto a la declaración de: culpable o inocente respecto del acusado. Y lo hacen basados sólo en sus íntimas convicciones, de cuyos fundamentos no pueden dar muestra ninguna.

En tanto, los segundos, los "escabinos", se incorporan materialmente al tribunal formando un todo con los jueces técnicos, en el mismo estrado, generalmente en número de tres de éstos y dos de aquéllos. Y lo fundamental es que dictan sentencia todos juntos sobre hechos y derechos.

En nuestro país la provincia de Córdoba, por ley 8123, del 18 de diciembre de 1991, su nuevo Código Procesal Penal, instituyó este tribunal de escabinos que comentamos. Lo hace en la forma, número y capacitación jurisdiccional que hemos explicado, pero los llama "jurados", cosa que no es exacta por las razones que hemos desarrollado.

Estos "escabinos", integrantes de la justicia penal de esa provincia, estaban regulados en cuanto a su capacidad, número integrativo, designación, cese y retribución por el art. 558 del citado Código, en función al art. 369 *idem* que impone el momento, forma y notificación de su incorporación al tribunal, recalcando expresamente que tendrán las mismas atribu-

ciones de los vocales (jueces técnicos). Y en total paridad con éstos les da plena intervención tanto en la deliberación, como en la votación y emisión de la sentencia, sobre todos los puntos que ésta deba abarcar —art. 406, *ibidem*—. Faculta expresamente para adherirse específicamente a lo votado por el que se expide antes (art. 408, inc. 2°).

Nosotros no estamos de acuerdo con este tipo de integración y funcionamiento, como así tampoco con la capacitación jurisdiccional que se le acuerda a los legos, por cuanto si alguna virtud, en el campo de los hechos únicamente, se pudiere reconocer a los "jurados", ninguna se le puede admitir a los "escabinos" que, ignorando todo sobre el derecho, la ley y la jurisprudencia, tanto de fondo como de forma que deban aplicar al debate y a los hechos en su resolución final, sólo tienen dos salidas: 1) el error, que es injusticia; o 2) plegarse (adherirse) al voto de los jueces técnicos, lo que si bien salvaría su situación de ignorancia, demostraría lo inocuo de su incorporación.

CAPÍTULO VII

LA INSTRUCCIÓN

SUMARIO: I. Concepto-finalidad.— II. Medios de que se vale para cumplir su objeto.— III. Juez competente para cumplirla. Facultades del agente fiscal.— IV. Límites de la actividad instructoria.— V. Sujetos que intervienen durante su desarrollo: 1. Dentro del grupo acusador: a) Ministerio Fiscal; b) Querellante; c) Actor civil. 2. Dentro del grupo acusado: a) Imputado; b) Tercero civilmente demandado.— VI. Caracteres: a) Es escrita; b) Parcialmente secreta; c) Técnicamente discrecional; d) Es indisponible; e) Excepcionalmente decisorio.— VII. Duración.— VIII. Incidente de cesación de los efectos del delito.

I. CONCEPTO. FINALIDAD

Concepto: La instrucción es la primera de las dos etapas en que se divide el trámite del proceso penal nacional. La otra es la del "juicio".

La instrucción se extiende desde que el órgano judicial recibe la noticia de la existencia de un hecho que puede ser constitutivo de delito, hasta el momento en que por realizada por éste toda la investigación posible, entendiendo cumplido el objeto puesto a su cargo o, por el contrario, que es imposible allegar otra prueba y completar el conocimiento del hecho o de su autor, clausura su secuencia y eleva a juicio en el primer supuesto; o sobresee en el segundo.

La nomenclatura con que se rotula esta parte del proceso no ha sido siempre la misma. En un momento que corresponde al Código viejo, ella fue la de "sumario". Ésta se originó en el sistema procesal español. En realidad con "sumario" se resalta una materialidad, un cuerpo, un legajo en el que se acumulan una serie de actos asentados en actas producidos por el órgano judicial para acopiar y conservar conocimiento respecto del hecho y su autor. En síntesis, el "sumario" no era sino un continente de conocimiento.

Esa nomenclatura fue cuestionada por la orientación italiana, que pretendió sustituirla por la de "instrucción" que, en realidad, no viene a ser sino el contenido de ese legajo a que nos referimos en el párrafo anterior. La ac-

tuación acumulativa de elementos de prueba en torno al hecho y su autor, partiendo del simple acto anoticiador (denuncia-actuación policial), va *instruyendo el conocimiento* del juez sobre un evento humano que del pasado se trae al presente y se lo cristaliza en el proceso, con aspiración de verdad histórica. El método crítico-criminal con el que trabaja hace que esa "instrucción cognoscitiva" vaya ascendiendo en grados progresivos de perfección; parte de una mera hipótesis, pasa a una prevención, arriba a una acreditación incipiente que produce la sospecha, deriva luego, por suma de más elementos, a la creencia, y luego a la probabilidad, para desembocar en la certidumbre, como convicción subjetiva de que se ha llegado a la verdad. Todo ello es conocimiento adquirido por instrucción que va recibiendo el órgano judicial.

En verdad ambos conceptos —sumario e instrucción— se implican recíprocamente y ofrecen resistencia a separarse.

Nuestro Código nuevo, rotula la etapa con el título de "Instrucción" —arts. 174/215—, pero, si bien le es fiel durante la casi totalidad de la regulación a su respecto, en el art. 208 se aparta y dice que las diligencias del sumario se harán constar en actas que el secretario extenderá y compilará. Aquí luce claro el continente de la "instrucción" que se va recibiendo, que es el contenido.

Cuando al final de su curso, se produce la elevación a juicio, lo que se manda no es la instrucción como conocimiento, se remite el sumario como legajo que lo contiene (arts. 350, última parte, y 351).

Finalidad: La materia con que trabaja el proceso y, por ende, también el sumario como una de sus partes, es un hecho producido por el hombre, que encuadra en la ley penal como delito y respecto del cual se aspira a imponer a su autor una pena.

Esa materia que no es sino lo que se denomina el "objeto procesal", es la que debe comprobarse y conocerse y ésa es la razón por la cual el Código Procesal Penal, en su art. 193, dice: "*La instrucción tendrá por objeto: 1°) Comprobar si existe un hecho delictuoso mediante las diligencias conducentes al descubrimiento de la verdad. 2°) Establecer las circunstancias que califiquen el hecho, lo agraven, atenúen o justifiquen, o influyan en la punibilidad. 3°) Individualizar a los partícipes. 4°) Verificar la edad, educación, costumbres, condiciones de vida, medios de subsistencia y antecedentes del imputado; el estado y desarrollo de sus facultades mentales, las condiciones en que actuó, los motivos que han podido determinarlo a delinquir y las demás circunstancias que revelen su mayor o menor peligrosidad. 5°) Comprobar la extensión del daño causado por el delito, aunque el damnificado no se hubiera constituido en actor civil*".

Como puede apreciarse, sirve fielmente como instrumento al Código Penal en sus previsiones típicas (incs. 1°, 2° y 3°) y también en lo que hace a las normas sobre la individualización y graduación de la pena —incs. 4° y 5°— (arts. 40 y 41, CPen.).

II. Medios de que se vale para cumplir su objeto

Los medios acreditantes tanto de la materialidad del hecho como de la responsabilidad de su autor o partícipe, son los que se rotulan "medios de prueba". En torno a tal nominación se agrupan: la testimonial, la pericial, la documental, la informativa, la confesional y toda otra que con autonomía propia o inserta como una forma de las ya citadas, tenga potencia acreditativa.

Esas pruebas a usar por el órgano jurisdiccional pueden ser elegidas, reguladas e impuestas por el legislador, el que también señala cuándo y en qué medida cada una de ellas tiene valor probatorio. Ese sistema pautado en cuanto a medios y su valor, es el de las "pruebas legales". En él se nota una gran desconfianza en el acierto del juez, por lo que asume y lo reemplaza la ley. Ése, aunque morigerado, era el sistema casi mayoritario en el Código de Procedimientos en Materia Penal de la Nación, hoy derogado.

El otro sistema, que hoy triunfa en el nuevo Código, es el de las pruebas por "libres convicciones". Consiste en liberar al juez para elegir los medios más apropiados, según su criterio, para acreditar los hechos y responsabilidad, que investiga. Así, todos los citados anteriormente y todos los demás que resulten adecuados, serán aceptados. Oportunamente serán valorados conforme a las pautas lógicas de un razonamiento normal que se nuclea bajo dos formas: 1) *sana lógica* en el que se manejan pautas agrupadas en premisas y se concluye sobre ellas; se dice cuál es esta última, pero no se asientan los fundamentos; 2) *sana crítica*, igual, pero asentando todo el desarrollo del razonamiento, lo cual es mucho más ventajoso porque luce al conocimiento de los demás, la estructura del pensamiento del juez, y permite, en revisión, la crítica del que no lo comparte y facilita el trabajo de las partes en el proceso para impugnar el fallo.

El Código Procesal de la Nación, hoy invoca la sana crítica en cada oportunidad que se refiere a la valoración, a la que concentra a su vez, en los arts. 398 y 399 en lo que hace a la deliberación y dictado de la sentencia.

Nosotros, conforme la experiencia recogida tanto en el ejercicio de la magistratura como de la profesión, agregamos como marco para la aplicación de la lógica el del "sentido común" en cuanto él implica colocarse en la "realidad de la vida". El juez que no la conozca, no hace justicia sino sólo teoría.

III. Juez competente para cumplirla. Facultades del agente fiscal

La instrucción, como etapa que debe cumplirse en todo proceso que se promueva por la comisión de delitos de acción pública oficiosa, está a cargo de órganos jurisdiccionales que varían según las distintas competencias, pero que ajustan sus pasos a normas comunes, sólo en parte modificadas, adicionadas o adaptadas, como especialidad en casos y circunstancias que la ley contempla minuciosamente (ver caso de instrucción en procesos de menores de edad —arts. 410 a 414—).

La regla común está impuesta para la "instrucción criminal", encomendada a los *jueces de instrucción*, tanto en lo ordinario como en lo federal (arts. 26, 32, 174 y 353) y en lo penal económico.

También son jueces que cumplen instrucción los *jueces correccionales*, que conocen en delitos reprimidos con penas no privativas de libertad, y también con las de esta última clase, pero sólo hasta un máximo de tres años de prisión (arts. 27 y 405 a 409).

Y también la cumplen los jueces que intervienen en procesos por la comisión de delitos por menores de edad y que se rotulan *jueces de menores* (arts. 29 y 410 a 414).

El juez, cualquiera de los citados precedentemente, que tiene a su cargo la instrucción, deberá proceder directa e inmediatamente a investigar los hechos que aparezcan cometidos en su circunscripción judicial (art. 194).

Pero luego de esta acertada disposición, la ley la declina y autoriza al juez a que, cuando lo estime proceder, delegue esta facultad, núcleo de su jurisdicción, en el agente fiscal, una de las partes en el proceso. La dirección de la investigación criminal queda así a cargo de un órgano no jurisdiccional que era el símbolo de la autolimitación del Estado en su función punitiva, en cuanto el mismo representado por el fiscal, se sometía al proceso.

Esas facultades otorgadas por el art. 196, CPP al agente fiscal son todas, menos: a) la recepción de la indagatoria del imputado; b) toda medida restrictiva de la libertad ambulatoria del imputado, con excepción de los delitos cometidos en flagrancia, o de suma urgencia, en cuyo caso nunca podrá superar las seis horas; c) la recepción de actos definitivos e irreproducibles; d) toda medida relativa al archivo de las actuaciones, a la suspensión de la persecución penal o al sobreseimiento del imputado; e) todo acto para el que sólo esté facultado el juez (art. 213) que son los que quedan vedados al agente fiscal.

Pero fuera de ello, el agente fiscal lleva todo el sumario incluso hasta su cierre y es él el que se expide sobre el mérito de su instrucción y confiere

vista al querellante para que se expida sobre lo mismo, y pide la elevación a juicio o no (arts. 347 y 348). Pronunciarse sobre tal procedencia (elevación a juicio oral), o denegarla, dictando sobreseimiento, corresponde al juez.

Así, la autoridad a cargo de la investigación instructoria puede ser también el agente fiscal.

No hay período instructorio en los procesos por delitos de los que nace acción penal de ejercicio privado (arts. 73 a 76, CPen. y 415 a 431, CPP).

La facultad de delegar la dirección de la investigación en cabeza del agente fiscal que confiere la ley procesal al juez de instrucción (art. 196) es absoluta. Por ello es que su ejercicio no es controlable por parte de la cámara de apelación, lo que excluye toda elevación a la misma por vía de consulta.

La actual ley procesal no contempla la posibilidad de que el fiscal se oponga a la decisión en tal sentido del juez. Y el conflicto que pueda llegar a generarse, al no ser entre pares, escapa a la intervención por esa vía [1].

[1] 1) La decisión del juez correccional de hacer uso de la facultad conferida por el art. 196, CPP, no puede ser elevada "en consulta" a la cámara porque la fiscalía no está conforme con la decisión, ya que no es un procedimiento previsto, ni tal conflicto puede ser resuelto por la sala especial del tribunal, al no existir contienda entre partes que justifique tal intervención.

Cám. Nac. Crim., sala VI (Correc.) (Correc. 1ª, Sec. 52), 17/11/1992, "Cólere, Javier, A.", causa 68, voto de los Dres. Argibay, Elbert y Camiña.

2) El ejercicio de la facultad que el ordenamiento procesal confiere a los jueces de instrucción en el art. 196, CPP, es cuestión ajena al contralor de la cámara.

Cám. Nac. Crim. VII (Correc.) (Correc. 1ª, Sec. 52), 5/11/1992, "Von Nieder Hausern, Miguel", causa 62, voto de los Dres. Ouviña y Piombo.

3.a) El nuevo ordenamiento procesal no contempla la posibilidad de que el fiscal se oponga a la decisión del juez de conferirle la dirección de la investigación (art. 196, CPP).

3.b) El plazo previsto por el art. 180, CPP para que el juez haga uso de la facultad acordada por el art. 196, *ibidem* es ordenatorio, por lo que la delegación decidida fuera del tal término no es extemporánea.

Cám. Nac. Crim., sala I (Correc.) (Correc. 1ª, Sec. 52), 12/11/1992, "Marchetti, Gastón", causa 34, voto de los Dres. Rivarola, Donna y Tozzini.

En igual sentido: Cám. Nac. Crim., sala 1ª, causas 33 y 35, resueltas en igual fecha.

4) Aun suscribiendo la tesis de que cuando el proceso no comienza por denuncia ante el juez (art. 195, CPP) no rige el plazo perentorio de veinticuatro horas para que el magistrado opte por delegar la instrucción en la fiscalía (art. 196, *ibidem*), el término no es *sine die* y parece prudente aplicar al caso la regla general contenida en el art. 161, *ibidem* que supletoriamente establece el de tres días. Si el juez correccional concretó la delegación instructoria excediendo notoriamente los límites temporales aludidos, corresponde que siga al frente de la investigación.

Cám. Nac. Crim., sala IV (Correc. 1ª, Sec. 52), 17/11/1992, "Sández, Héctor", causa 59, voto de los Dres. Escobar, Campos y Valdovinos.

Estimamos que semejante situación abre la vía ante el Ministerio Fiscal superior, para la imposición de las sanciones disciplinarias correspondientes y la sustitución del fiscal en el caso.

La tratada precedentemente es la delegación facultativa para el juez, que fue instituida de inicio por el Código Procesal actual, pero con posterioridad, en junio de 1997, se dictó la ley 24.826, por la que se crea la "instrucción sumaria" —art. 353 bis— que se pone por ley a cargo del agente fiscal cuando se trata de delitos flagrantes, en condiciones procesales que dicha ley especifica.

Es importante señalar que dicha atribución funcional al agente fiscal, es impuesta por la ley, por lo que es obligatoria. Hay una delegación legal.

En nuestra opinión se trata en este caso de una verdadera creación y regulación de un "proceso especial" de incidencia directa en la instrucción, pudiendo extenderse a la etapa de juicio por vía de "juicio abreviado", según elección de las partes (ver Caps. XIV-II y XXII-d).

IV. Límites de la actividad instructoria

Si ésta tiene por objeto acopiar elementos de convicción para poder acusar, dándole a este acto un contenido preciso y delimitado, que por congruencia marque el movimiento de la defensa en un ámbito de certeza procesal; y ambos actos (acusación y defensa), también por congruencia, establezcan la pertinencia o impertinencia de la prueba a producir; todo lo cual, por congruencia, será recogido y analizado por la sentencia y, fallando, condene o absuelva, no cabe ninguna duda de que en el momento en que se dé por concluida la instrucción, con la intervención de los órganos que prevé la ley (fiscal—defensa—juez instructor—cámara y fiscal de cámara), ella habrá fijado el objeto procesal a concretar por el fiscal.

La clausura del estadio instructor debe reportar una garantía de defensa para el acusado; ya se hizo todo lo que se podía hacer, o se supo hacer. No es posible que la instrucción siga siempre y la producción de las medidas y diligencias que le son típicas también, hasta la sentencia, con el resultado de la permanente ampliación de la acusación y correlativa contestación de la defensa y nuevos aportes de prueba.

Se beneficia, por cierto, la seguridad pública, pero se conculca la libertad y defensa del acusado.

Un perfecto orden se cumplía en el procedimiento del Código viejo: al cerrar el sumario, sobre su mérito se expedía el fiscal y querellante y acusaban sobre ello; la instrucción no se reabría más, ni siquiera por vía de me-

didas para mejor proveer, que sólo eran aclaratorias o ampliatorias de prueba ya producida.

En cambio el Código actual no tiene, en nuestra opinión, el mismo respeto. Su regulación lleva a la inseguridad y a la ansiedad del permanente acopio de medios de cargo, con ampliación de acusación, arribando hasta antes de dictar sentencia a la producción de pruebas nuevas (arts. 357, 378 a 381, 393 y 397).

Así se suceden después del cierre del período instructorio, una "instrucción suplementaria" en la etapa preliminar del juicio (art. 357), un acto indagatorio propio de la instrucción en pleno "debate", llevado a cabo en forma obligatoria y del que si resultan nuevos hechos continuados o circunstancias agravantes, darán lugar a la prevista ampliación de la acusación fiscal, con nuevo esfuerzo de la defensa por aventarlos y ofrecer prueba (arts. 378 a 381). Y luego de la acusación y defensa definitivos al cierre del debate (art. 393), si el tribunal en oportunidad de dictar sentencia, lo estimare de absoluta necesidad producirá la *recepción de nuevas pruebas* (art. 397).

Nótese que para esas nuevas pruebas se abre de nuevo el período de "debate", que si bien se limita a su examen, no elude una nueva indagatoria, ni una nueva acusación y defensa, porque no los elimina la ley en este punto; y si lo hiciera coartaría los derechos del debido proceso a las partes.

Nunca termina la instrucción y la consecuente acusación.

Por cierto que de tal persecución resultará una gran eficacia del proceso, pero se habrá conculcado el respeto a las garantías, que el proceso también debe observar. Eficacia, pero dentro del marco de la Constitución Nacional. Equilibrio entre la seguridad y la libertad.

V. Sujetos que intervienen durante su desarrollo

Los sujetos procesales que intervienen en todo el proceso y, por cierto, también en instrucción, son, además del juez:

1. Dentro del grupo acusador

a) Ministerio Fiscal

Que tiene a su cargo el ejercicio de la acción pública penal oficiosa.

Se divide en: fiscal de cámara que actúa ante la Cámara de Apelaciones y Cámara de Casación por vía de recurso, ya propio o de adhesión.

Fiscal de juicio que es el que actúa por ante el tribunal de juicio (Tribunal del Crimen — Tribunal de Menores y juez correccional asimilado como tal) en todo el curso de esta etapa hasta la sentencia y subsiguiente interposición de recurso si corresponde. Ofrece prueba; amplía la acusación durante el debate si se dan los extremos para ello; concurre, apoya, coadyuva; cuestiona la producción de la prueba; alega sobre su mérito y acusa. Después de cerrado el debate y cuando los jueces del tribunal deciden la producción de nuevas pruebas o la aclaración de las ya existentes, al abrirse el debate para tratarlas, vuelve a intervenir.

Agente fiscal que es el fiscal que actúa ante los juzgados instructores (del crimen —correccional— de menores y penal económico) requiriendo del juez la instrucción o peticionando su desestimación; asiste a todos los actos del sumario, o puede pedir hacerlo y ser notificado al efecto; puede ofrecer medios de prueba; recurre de los autos que le agravian, ante la Cámara de Apelaciones o ante el Tribunal de Casación de los autos que extinguen la acción; puede actuar en cámara de apelaciones cuando es citado por el fiscal de cámara por asuntos complejos o que el fiscal de cámara no encuentra la razón de la actividad acusatoria.

Más aún, al agente fiscal el Código le reconoce la facultad de dirigir toda la investigación instructoria, no pudiendo producir él los actos expresamente encomendados al juez (allanamientos, indagatoria, auto de procesamiento) al que el agente fiscal se los debe requerir en caso necesario. Esta facultad funciona por declinación de la que le es propia, por parte del juez, o por imperio de la ley en los casos de flagrante delito, tal como ya lo hemos explicado precedentemente (ap. III *in fine*).

Rigen los arts. 65/70, 196 y 353 bis, CPP.

b) Querellante

Éste es un particular y asume el rol de parte en todo el proceso y en consecuencia también en la instrucción. El recaudo de legitimidad que debe reunir es el de ser particular y directamente ofendido por el delito de que se trate. Puede actuar por sí o por apoderado con poder especial; en caso de ser incapaz, actuará su representante legal (menores), o su curador (insanos).

La asunción de tal calidad puede hacerse en cualquier estado en que se encuentre el sumario, hasta su clausura. Por consiguiente, al inicio del proceso también lo puede hacer, razón por la cual basta presentarse como denunciante (art. 174), peticionando ser tenido por parte querellante, con más todos los otros recaudos que exige el art. 83 (nombre, apellido y domi-

cilio - nombre y apellido y domicilio del querellado - relación sucinta del hecho - acreditación de la personería que invoca en el caso de que así fuera - acompañar en este caso el poder especial por el que actúa - petición de ser tenido por parte querellante y firma), que en coincidencia con la denuncia no hace falta repetirlos.

Tiene las mismas atribuciones que el fiscal, pero sin la posibilidad de concurrir a la indagatoria del querellado; ni abrir con su solo requerimiento la etapa del juicio (arts. 346 a 348).

Puede también asumir como damnificado la acción civil reparatoria en la misma oportunidad que la reconocida para que el querellante asuma y con los mismos recaudos. Cuando actúa como tal, debe concretar su demanda en la oportunidad —conjunta— en que se corre la vista para cierre del período instructorio. Si es querellante, a su vez, es una buena ocasión para acusar indirectamente cuando el responsable civil es el propio procesado.

El auto que no lo tiene por querellante, es apelable por ante la cámara de apelaciones.

Rigen este punto los arts. 82 a 86, 89, 90 y 91.

c) Actor civil

Lo agrupamos dentro del rubro de los acusadores, por cuanto a su cargo está la promoción de la *investigación de los hechos* que fundan su acción reparatoria, extremo que no es sino el mismo que funda la acción penal. Agregará los extremos que hagan expresamente a la acreditación del daño, su monto y extensión y las medidas cautelares reales necesarias (art. 91).

Para facilitar la comprensión sobre este punto destacamos que se actúa en dos planos. El del daño penal o público, que no es efecto del delito sino el delito mismo y se nuclea en la lesión al bien jurídico protegido. El otro nivel, que se suma en especialidad a aquél, es el del daño civil o privado y se refiere a la extensión y calidad del perjuicio patrimonial o moral sufrido por el titular del derecho (daño material y moral).

Se constituye en las mismas oportunidades y con los mismos recaudos que rigen para la parte querellante y por cierto ambas calidades pueden coincidir (arts. 87 a 96).

Al final de la instrucción debe formular su demanda y al cierre del "debate" alegar sobre la prueba y acusar (art. 393, 1ª parte).

Carece de recursos contra el auto de sobreseimiento y la sentencia absolutoria (art. 95).

2. Dentro del grupo acusado

a) Imputado

Es el sujeto a quien se carga la responsabilidad por el hecho, en cualquier grado de participación que fuere.

Su calidad, a medida que avanza la investigación con buen resultado acreditante, va variando y pasa a ser "prevenido", "sospechoso indagado", "procesado", "acusado".

Tiene derecho a asumir su propia defensa y se le aceptará, si hubiere posibilidad de acierto o que no entorpezca el trámite del proceso. En caso de no aceptarse, debe designar un defensor letrado y si no lo hace se lo provee el Estado por medio del defensor oficial.

Paralelamente a los actos de acusación la ley reconoce todos los actos de defensa. Y si es además accionado civil, también tiene todas las oportunidades para contestar la demanda, producir prueba y alegar y defenderse al final del debate.

Rigen a este respecto los arts. 72 a 78 y 393, 1ª parte.

b) Tercero civilmente demandado

Es la persona que responde por el imputado del daño que cause el delito y que por promovida la acción civil en su contra en la oportunidad y con los recaudos de ley (arts. 98 y 90) es citada para tenerla por parte (art. 99).

Debe contestar la demanda en la oportunidad de cierre de sumario y cuando se le corra el traslado de la del actor (arts. 101, 347).

Este tercero y el imputado, en realidad se defienden del mismo hecho, por lo que los recursos que el primero dedujere contra la sentencia condenatoria, en cuanto él cuestione la existencia del hecho, o la responsabilidad del imputado (cosa que también beneficia a éste), beneficia y se extiende al mismo aun cuando él por sí, no haya recurrido (ver efecto extensivo de los recursos) (art. 441, 2ª parte).

Rigen los arts. 97 a 103 y 343, 1ª parte.

VI. CARACTERES

Esta etapa instructoria presenta caracteres específicos que la diferencian totalmente de la que le sigue como "juicio", pero en ésta, más netamente, de la del segundo tramo que es el "debate".

a) Es escrita

Netamente como tal, en los *escritos* de denuncia y, además, en los de constitución de parte querellante y actor civil; en los de ofrecimiento de pruebas en la instrucción; oposición de excepciones y contestación; requerimiento de elevación a juicio; contestación por la defensa; *resoluciones*: procesamiento; medidas cautelares; sobreseimiento; auto de elevación a juicio.

Bajo la forma verbal, volcada en *acta escrita* (verbal y actuado), declaración de testigos, peritos, careos, indagatoria.

Todo en idioma nacional (art. 114).

b) Parcialmente secreta

En realidad con esta calificación invertimos la afirmación hecha por la ley (art. 204) de que el sumario es público para las partes.

Pero lo es después de la indagatoria, oportunidad en que las partes podrán examinar sus constancias. Por consiguiente, como el advenimiento de la indagatoria está supeditado no a un lapso, sino al cúmulo de pruebas que hagan "sospechar" del imputado y esto no tiene fecha ni medida fija, la reserva *hasta* la indagatoria puede cubrir gran parte de la instrucción. Ello estaría paliado parcialmente por el derecho que el art. 86 acuerda al letrado propuesto como defensor de examinar las constancias antes de aceptar el cargo. Este derecho no está enderezado para obviar esa reserva que en realidad es un secreto sumarial; pero en verdad va a ser usado para poder ver las constancias antes de la indagatoria.

En lo que hace a *decretar* expresamente el *secreto sumarial*, el juez está autorizado a hacerlo cuando fuere necesario proteger la efectividad de la investigación y podrá hacerlo por auto fundado y por el término máximo de diez días y una sola vez. Pero enseguida el Código concede una prórroga de otro tanto más, también fundada. Por cierto que si aparece otro imputado se podrá decretar otro secreto (art. 204, cit.).

En conclusión, el sumario es parcialmente secreto para las partes. Para los extraños lo es siempre.

c) Técnicamente discrecional

En el período instructorio el juez a cargo de la investigación no se encuentra atado a una regulación pautada por etapas, como ocurre en el período de juicio. Ello se debe a que en la investigación, tanto la existencia del hecho y sus modalidades, como el autor del mismo y detalles de actuación,

deben ser determinados en el curso del trámite; y si bien hay medios acreditantes no se puede en forma general decir cuál es el que corresponde; el juez tiene que investigar. Toma las medidas más apropiadas según su criterio: esto es "discrecionalidad".

Pero en la adopción de ellas lo hace actuando conforme una regulación legal, por ello es "técnica". Resultado: la instrucción es técnicamente discrecional.

En función de ello es que tiene la facultad de aceptar o rechazar las medidas y medios probatorios que le ofrezcan las partes, según las estime pertinentes o no, sin posibilidad de apelar la negativa (arts. 199 y 348, 1ª parte, resumen la posición acusatoria). Es pura investigación. No hay debate ni defensa.

d) Es indisponible

La instrucción no admite el acuerdo entre las partes, ni para la declinación de la investigación, ni para la imposición de la pena.

Lo primero, porque aun cuando medie la confesión del imputado debe seguir investigando para la acreditación de la verdad real respecto del hecho. Esto se exceptúa en el "juicio" correccional en el que la confesión del reo, detallada y circunstanciadamente, ya en "juicio-debate", con el acuerdo de juez y partes, puede hacer que se prescinda de producir la prueba que hace a este extremo de responsabilidad (art. 408).

Es necesario no confundir la renuncia del querellante a su papel acusador con el acuerdo que negamos. El querellante lo que hace es retirarse del proceso, pero éste sigue en manos del fiscal.

Por cierto que también es indisponible respecto de la pena, porque nadie puede autosometerse a su imposición.

Nada de ello cambia en el proceso correccional con el pago total de la pena de multa, por cuanto ello es una forma de extinguir la acción (art. 64, CPen.) y no el cumplimiento de una pena impuesta, o consentida.

Esta característica impuesta, con ajuste tradicional, por el Código Procesal nuevo desde su inicio, hoy, desde junio de 1997, por imperio de la ley 24.825, no es tan absoluta por cuanto, cumplidos ciertos requisitos que impone la normativa, al cierre de la instrucción, al emitir su dictamen de mérito, el agente fiscal puede proponer, y la defensa aceptarle, un acuerdo procesal por el que no se discutan los hechos por los que acusa sobre la base instructoria y aceptándose la responsabilidad que enrostra, se imponga una pena disminuida que la defensa acepta. Con ello desaparece, ante el tribunal oral, todo el juicio, y se tiene que dictar la sentencia en diez días. Todo

ello constituye una nueva clase de juicio especial, que se llama "juicio abreviado" (ver Cap. XXIII-d).

e) Excepcionalmente decisorio

La instrucción no tiene por finalidad resolver, sino acopiar conocimiento conservando los elementos probatorios sobre los que ese conocimiento se funda, todo para que la parte acusadora pueda promover el juicio en el que, en su momento, se dictará sentencia y se resolverá.

Cuando la actividad investigatoria se frustra, no alcanza a arrimar elementos suficientes para probar los extremos del objeto procesal, y se agota toda posibilidad de continuar investigando, entonces debe *decidir* y así lo hace clausurando con el sobreseimiento.

Se aparta excepcionalmente y decide, con calidad de cosa juzgada. Y también decide excepcionalmente y con igual alcance de cosa juzgada, cuando al inicio mismo de la acción penal por el fiscal se la desestima por no ser el hecho constitutivo del delito.

VII. Duración

El proceso, cualquiera fuere su naturaleza, demanda tiempo para su realización y llegar a la sentencia.

En este tiempo del proceso están comprometidas garantías constitucionales.

Según la materia sobre la que verse el proceso, según el compromiso de intereses que él produzca y el tipo de bienes jurídicos en conflicto, la duración de aquél, dentro de una apreciación razonable, variará. Así, no es lo mismo, en sede civil, la duración razonable de un proceso sucesorio que la de un interdicto posesorio, o la de una acción de amparo. El principio de razonabilidad impone menor duración en esta última.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado muchas veces sobre el criterio de razonabilidad, aplicado al punto que tratamos.

Pero esta razonabilidad es de tipo judicial; es la justicia la que la aprecia en cada caso. La ley procesal civil, ni para la duración total del proceso, ni para la de sus partes, impone término.

Esto en lo que hace al proceso civil, como dijimos, pero en lo que respecta al penal, la cuestión varía. La propia esencia de ese tipo de proceso, la naturaleza de los bienes jurídicos comprometidos, el tipo de sanciones a imponerse; la finalidad del mismo, el conflicto de las garantías de seguri-

dad para la sociedad y la libertad para el imputado, el principio de inocencia, el del debido proceso y el de la crisis institucional, cambian totalmente la exigencia de razonabilidad.

Es el legislador el que, en consulta plena a esos bienes y garantías, concordados con el conocimiento pleno del orden social que tiene que tener para legislar sobre esta materia, tiene que manejar la razonabilidad en la duración del proceso y como "*razonabilidad legislativa*", la impone en la ley. El proceso todo dura... (en el Código viejo dos años) y su parte instructoria dura... (en el Código viejo seis meses).

Abatidos esos términos, especialmente el del sumario, por vía de recurso de retardo de justicia, o de oficio cuando se regula e impone el contralor superintendente de él por parte del superior, entra a jugar la "*razonabilidad judicial*" únicamente para conceder, o no, prórrogas medidas.

El Código Procesal Penal nuevo no tiene norma alguna sobre la duración total del proceso.

En lo que hace a la de la instrucción, la fija en cuatro meses. Lapso que se cuenta a partir de la fecha de la indagatoria (art. 207, 1ª parte).

Ese lapso es prorrogable hasta por dos meses más.

Esa prórroga se acordará por la cámara de apelaciones, a solicitud del juez, explicando las causas de la demora por la naturaleza de la investigación.

Sin embargo, en los casos de suma gravedad y de muy difícil investigación, la prórroga otorgada podrá exceder excepcionalmente dicho plazo (art. 207, cit.).

El Código nuevo no instituye (sino que elimina el que existía en el Código viejo) ningún sistema de contralor de cumplimiento, por parte del instructor, de este lapso. Pone en sus manos el pedir la prórroga.

La preocupación del Código viejo y sus sucesivas reformas, conforme con lo que la realidad ponía de resalto a diario: no se cumplía con el término de duración y no se comunicaba, llevó a regular el informe obligatorio por parte de cada instructor a la cámara cuando vencía el término y ésta le imponía un límite, incluso podía poner multas por el atraso.

Tal era la relevancia y respeto que se sentía por la garantía constitucional que ampara la duración del proceso penal. Como no se cumplía pese a todo, se reguló un régimen de pérdida de competencia para el caso de retardo, y a la quinta vez se le pedía el juicio político al magistrado; todo sin perjuicio de las multas sobre su sueldo.

Ese régimen se declaró inconstitucional porque se opinó que dejaba cesante al juez en el proceso concreto. Lo sustituyó el control severo y las multas.

Los jueces en número grande y la cámara casi siempre no observaron el régimen y éste cayó en desuetudo como manifestó una vez un profesor

de derecho procesal, como sosteniendo que las garantías constitucionales pueden derogarse por no uso. Aunque así fue.

Dejada de lado esta experiencia de toda la vida, el Código nuevo dejó —se apartó— del contralor de la cámara impuesto en forma obligatoria y lo depositó en los que, en gran mayoría, siempre le hicieron caso omiso.

Instituye sí una queja por retardo de justicia, pero lo hace fuera del grupo de recursos admisibles, y lo regula en el art. 127, en lo que hace a "actos y resoluciones judiciales". En este capítulo se impone que el tribunal dictará los decretos en el día que los expedientes sean puestos a despacho; los autos, dentro de los cinco (5) días, salvo que se disponga otro plazo; y las sentencias en las oportunidades especialmente previstas (art. 125).

Vencidos estos términos en que deba dictarse una resolución, el interesado podrá pedir pronto despacho, y si dentro de tres días no lo obtuviere, podrá denunciar el retardo al tribunal que ejerza superintendencia, el que, previo informe, proveerá enseguida lo que corresponda.

Este remedio superintendente es sólo para el retardo en las partes resolutivas en el juicio, pero no con relación a la violación de su duración total.

Eso que la Corte Suprema de Justicia, ante un tremendo exceso en la duración del proceso penal, lo llamó "crisis institucional", y hablo de la conculcación de todos los principios y garantías constitucionales comprometidos arrancando del anuncio programático preambular de "afianzar la justicia", y que en buen romance es hacer vivir a los hombres como abrazados a un proceso como una horrible obsesión, no ha sido contemplado por la nueva normativa procesal de la Nación.

La total falta de respeto por la duración razonable de los procesos penales, determinando un atraso enorme en la administración de justicia, vinculada a una preocupante inseguridad jurídica, tanto en la jurisdicción nacional como en la provincial, ha conducido a legislar sobre el punto previendo remedios drásticos para curar o amainar ese mal.

Ejemplo de esa inquietud lo muestra el nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires —ley 11.922 del 23 de enero de 1997—, el que, tras la fijación de un lapso de cuatro meses para la duración de la investigación penal preparatoria (sumario) que pone a cargo del agente fiscal, lo faculta, si ese plazo no resultare suficiente, para disponer motivada y fundadamente su prórroga con conocimiento del juez de garantías hasta por dos meses más. Más aún, la ley lo faculta a tal funcionario instructor en casos excepcionales debidamente justificados por su gravedad o difícil investigación, a extender dicha prórroga hasta un límite total de seis meses.

Pero no deja el problema allí, sino que instituye a su repecto un severo contralor. Así, en primer lugar faculta a las partes, por vía de recurso de ape-

lación y al juez de garantías, de oficio (art. 21, inc. 7°), para impugnar ese tipo de resoluciones de prórroga (arts. 282 y 283) y, por si esto fuere poco, se reconoce a la víctima, como tal, el derecho de reclamar por demora o ineficiencia en la investigación, ante el superior inmediato del fiscal interviniente (art. 83, inc. 9°). Y, en segundo lugar y como consecuencia del atraso reiterado (que califica como falta grave), por no concluida la investigación, al juez de garantías requerirá del procurador general de la Corte la sustitución del agente fiscal remiso, debiendo tomar intervención en su reemplazo uno nuevo. Este último deberá completar la etapa preparatoria en un plazo improrrogable de dos meses. Sin perjuicio de la sanción que se le pueda imponer por retardo, lo cierto es que el agente fiscal originario quedó censante en ese proceso, con lo que se viene a admitir la muy antigua medida del Código de Procedimientos en Materia Penal nacional, ya citada, que separaba al juez por retardo.

Avanza aún más dicha ley procesal provincial actual en cuanto —a diferencia de la nacional, que guarda silencio— dispone para los casos en que el imputado estuviera privado de libertad, que los términos para completar la investigación preparatoria serán fatales y la duración total del proceso no podrá sobrepasar los dos años. Parificados así los plazos de cada trámite y los de duración total, se los conmina a todos a tal punto que si el acto previsto no se cumpliera dentro del término perentorio establecido, se producirá automáticamente el cese de la intervención en las actuaciones del tribunal, juez, o representante del Ministerio Público Fiscal al que el plazo le hubiese sido otorgado. La misma ley procesal prevé la forma de reemplazo del remiso separado de las actuaciones (arts. 141 y 142). De esta manera cobra sentido real la finalidad de la queja por retardo de justicia (art. 110).

VIII. Incidente de cesación de los efectos del delito

Los delitos se distinguen en forma clara, en orden al momento en que se consuman, según que el verbo que nuclea su acción se agote en el momento en que se lo cumple, como el que matare a otro, dando origen a los llamados delitos instantáneos; en tanto que si ese verbo o frase verbal permite un desarrollo en el tiempo, como ocultar o sustraerse a la prestación alimentaria, durante su vigencia el delito se está cometiendo, por lo que se lo rotula como continuo o permanente, que se consuma recién cuando se deja de hacer.

Pero hay casos, como el que presenta el delito de usurpación, en que pese a que el despojo que lo constituye es instantáneo, sus efectos como lesión o conculcación son permanentes. Claramente surge así una situación

de daño ya ocurrida, pero que sigue en el tiempo produciendo consecuencias gravosas. El usurpador sigue ocupando. El usurpado está excluido.

Estos delitos y especialmente el puesto como ejemplo, representan un grave problema social, cuando los desbordes de conducta (por necesidad, por instigación activista, por mala fe social, por estafa, etc.), como se da en la actualidad en nuestro medio, se repiten con alta frecuencia.

La justicia penal, que investiga el despojo como delito con aspiración a imponer una pena, no puede limitar su esfuerzo sólo a ello, descuidando la situación de la víctima. Y someterlo a un compás de espera, muchas veces privado nada menos que de su propia vivienda.

Tradicionalmente la justicia del crimen de la Capital Federal, ha ordenado la restitución del inmueble a la víctima cuando en el curso del proceso se ha arribado al dictado de la prisión preventiva [2], hoy, con el nuevo Código, al auto de procesamiento. Ello porque allí ya había una mediana prueba del hecho y la responsabilidad del invasor, que señala el derecho del denunciante para su restitución.

Pero a nadie escapa que la realidad social y el funcionamiento normal de un proceso, mucho más hoy con una enorme demora, imponen un ineludible lapso entre el despojo y el arribo al auto de procesamiento o (antes) prisión preventiva, en que se ordena la restitución.

Es absolutamente necesario que el legislador prevea un régimen que dé solución al problema.

Nosotros proponemos el que designamos como "incidente de cesación de los efectos del delito" que se abriría, tras la denuncia del hecho y el requerimiento de instrucción por el agente fiscal (es decir, de inmediato), de oficio, exigiendo a la presunta víctima la presentación de su título de posesión o tenencia, una información policial sobre el estado ocupacional del inmueble, tanto anterior como actual y la declaración de dos testigos, debiendo exigirse al actual ocupante —el presunto usurpador— la presentación del título que invoca. Todo el trámite debe realizarse en veinticuatro horas. Tras ello el juez resuelve, siendo recurrible sólo con efecto devolutivo.

Si el usurpador invocare que se lo estafó, o engañó por alguien, ése es su problema y éste será materia de un proceso aparte, pero que en nada obstará a que el despojado pueda gozar de su posesión o tenencia.

Por cierto que este incidente y esta entrega no puede concluirse sino con una caución que el restituido debe ofrecer y constituir en el acto de recobrar, para responder por los daños que pudiere causar al imputado si su situación no fuere, en definitiva, legítima.

[2] Cám. Crim. y Corr. Capital, sala V, 21/6/1989, causa 24.371, ED, 24/4/1990.

Recientemente —febrero de 1995— se modificó por ley [3] el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, al que se le agregó al art. 680 bis que reza: "Entrega del inmueble al accionante. En los casos que la acción de desalojo se dirija contra intruso, en cualquier estado del juicio después de trabada la litis y a pedido del actor, el juez podrá disponer la inmediata entrega del inmueble si el derecho invocado fuese verosímil y previa caución por los eventuales daños y perjuicios que se puedan irrogar".

La solución es coincidente con la propugnada para el fuero penal, pero no es aplicable en su sede y en su proceso. Ni siquiera puede abrirse una vía paralela en lo civil, porque su resultado no sería aplicable a lo penal, hasta que se arribara en su seno a la etapa ya citada y fuera aceptada por el juez penal.

La realidad social demanda que se incorpore al Código Procesal Penal una norma que permita la restitución caucionada, haciendo cesar el efecto del delito.

[3] Ley 24.454, BO, 7/3/1995.

CAPÍTULO VIII

LA INSTRUCCIÓN —INICIACIÓN—

SUMARIO: I. Formas de iniciación de la instrucción. 1. Su validez como aporte de conocimiento. 2. Tratamiento.— II. La denuncia: a) Concepto; b) Autoridad competente para recibirla; c) Clases de denuncia; d) Forma.— III. La querella: su supresión como forma de iniciación. Su complementación con la denuncia, asunción como querellante parte en el proceso y parte civil.— IV. La prevención: a) Concepto; b) Autoridad competente para instruirla; c) Facultades; d) Formas.— V. La iniciación oficiosa: concepto. Autoridad competente.

I. FORMAS DE INICIACIÓN DE LA INSTRUCCIÓN

El período instructorio del proceso penal nacional se puede iniciar, según la regulación impuesta por el nuevo Código, por vía de: 1) denuncia; 2) prevención; y 3) de oficio (arts. 174, 183 y 188).

Se suprime así, como forma de inicio, a la querella tal como admitía el Código viejo.

Esa supresión en cierta forma es relativa por cuanto de la combinación entre denuncia y asunción por el denunciante, en el mismo acto, de la calidad de parte querellante y, además, la de parte actor civil, surgiría un sujeto que tiene las mismas facultades que el querellante antiguo en el período sumarial (ver arts. 82, 84, 87, 89 y 174).

En efecto, por la denuncia no se asume la calidad de parte, pero como querellante y actor civil sí y, además, en tal condición pueden pedir medidas y diligencias para acreditar el hecho y la responsabilidad, en la misma proporción que antiguamente. Y el instructor (fiscal o juez) se las admitirá o desechará según las considere útiles o no, y esa resolución no es apelable (arts. 199 y 212, última parte y 348, 1ª parte).

Y todo ello será, al cierre de la instrucción, usado para requerir la elevación al "juicio", lo que no es sino acusar (arts. 346, 347, 351).

Pero el actor civil recibe en la nueva letra, concordada a su nueva existencia, que no se daba en esta etapa antes, una facultad amplia para poder

acreditar la existencia del hecho y su autor (art. 91) porque en omisión de detalles exigidos por la ley procesal civil y comercial a la que debe atarse, no podrá formular la demanda en el tiempo y oportunidad del cierre de la instrucción (art 93). Nótese que no decimos que deban atenderse por el órgano jurisdiccional todos los reclamos del actor civil, sino sólo los que hacen ineludiblemente a circunstancias fácticas propias de la acción civil, sin las cuales sufriría la suerte de la demanda que debe concretar. A él no, pero al querellante sí se le da la oportunidad de pedir al cierre instructorio, en la vista que se le corre a él y al fiscal, medidas de prueba denegadas (art. 347, inc. 1°).

Así queda fundada la complementación que invocamos entre querellante, promotor de la acción penal en forma indirecta como denunciante, y actor civil, actuando en forma muy sólida en el período instructorio.

La prevención policial y demás fuerzas de seguridad se conservan como forma de iniciación y se las regula en forma similar a la del Código viejo, adecuando la noticia que debe dar al juez y al fiscal a las particulares actuaciones de ambas.

En lo que hace a la iniciación de oficio que el Código viejo la ponía a cargo del juez instructor, hoy se la conserva como forma, *pero a cargo*, del agente fiscal (art. 18).

1. Su validez como aporte de conocimiento

Tanto la denuncia, como la prevención y la actuación oficiosa, no son más que medios legalmente idóneos para arrimar al órgano judicial una noticia de la existencia de un hecho y su responsable que interesan a la ley penal en función punitiva.

Esa primera noticia, a la que se impone la individualización del que la formula y la narración del hecho y sus circunstancias de tiempo, lugar y modo, con más la individualización del responsable, con el aporte de pruebas de sendos extremos, en la medida de lo que fuere posible, no es sino un "cuento institucionalizado" de algo que "se dice" que ocurrió. Y como tal éste no hace sino arrimar un primer grado de conocimiento sobre algo que, hasta ese momento, se ignoraba.

Este grado inicial lo único que hace es fundar —si es atendible— una mera hipótesis de trabajo, a partir de la cual y para su dilucidación se realiza una actividad investigatoria, en torno tanto al extremo fáctico como al subjetivo de ella, que aspira a acreditar su verdad. Los distintos pasos acreditantes de esa verdad no hacen sino ir corroborando esa hipótesis inicial, la que se va convirtiendo en la reconstrucción de un hecho pasado, en un presente permanente con todos los perfiles de lo verdadero.

2. Tratamiento

Para todos los casos, cada una de estas formas de inicio de la instrucción tiene el mismo tratamiento, que consiste en el modo en que se la recepta, rechaza o admite y lo que se provee a su respecto.

En este punto también el Código nuevo innova respecto del viejo. En efecto, el actual expresamente coloca la promoción y ejercicio de la acción pública de oficio (art. 71, 1ª parte, CPen.) en cabeza del Ministerio Fiscal (art. 65, CPP).

En su función, y en esfuerzo por desconcentración funcional total, le quita al órgano jurisdiccional la facultad de instar la investigación. Así es como impone la obligación al juez que reciba una denuncia de transmitirla inmediatamente al agente fiscal (art. 180); la misma obligación rige para las autoridades de la prevención (policía y fuerzas de seguridad) ante las que se hubiere formulado denuncia o actúen por iniciativa propia (art. 186). En ambos casos el agente fiscal deberá: 1) requerir al juez competente la instrucción; o, en su caso; 2) pedir la desestimación por no ser constitutiva de delito la conducta denunciada; 3) pedir la declaración de incompetencia, cuando ella proceda (art. 180, párr. 2° ,y arts. 181, 188).

La misma situación se da cuando la denuncia fue efectuada directamente ante el agente fiscal, en cuyo supuesto al promover, puede requerir la instrucción; o, en su caso, la desestimación (art. 181, cit.).

El requerimiento es un acto formal pautado que la ley procesal regula específicamente en el art. 188, última parte, en la siguiente forma: "*El requerimiento de instrucción contendrá: 1°) Las condiciones personales del imputado o, si se ignoraren, las señas o datos que mejor puedan darlo a conocer. 2°) La relación circunstanciada del hecho con indicación, si fuere posible, del lugar, tiempo y modo de ejecución. 3°) La indicación de las diligencias útiles a la averiguación de la verdad*".

Variaciones especiales se producen cuando el juez deriva la dirección de la investigación al agente fiscal (art. 196) y cuando sea este funcionario el que promueva de oficio el inicio (art. 188), pero lo cierto es que él también en este caso, requiere la instrucción o pide la desestimación al juez, que es quien debe decidir.

Este tratamiento previo se completa con la facultad que tiene el juez de aceptar o no la posición fiscal. En efecto, aquél rechazará el requerimiento fiscal u ordenará el archivo de las actuaciones policiales, por auto fundado, cuando el hecho imputado no constituya delito o no se pueda proceder. Esa resolución será apelable por el agente fiscal y la parte querellante (art. 195, párr. 2°).

Concluido todo ello, ante requerimiento aceptado, el juez *abre la investigación*, ya a su cargo (art. 194), ya a cargo del fiscal (art. 196, 1ª parte); se proveen las diligencias y medidas que se estime proceder y *comienza la instrucción* en pos de mayor conocimiento, en la forma y grados ya señalados en el capítulo anterior. Esta puesta en marcha es el "*avocamiento*".

Se repite con énfasis: el actual Código de forma (ley 23.984) ha abandonado el sistema antiguo de concentración funcional sobre el cual se facultaba al juez de instrucción a iniciar, por sí a iniciativa propia, ante cualquiera de las formas de noticia criminal (denuncia, querella, prevención u oficio) el proceso penal, con el avocamiento y tramitación del sumario, dando en éste intervención, luego, al Ministerio Público. Era el juez el que asumía la promoción de la acción. O si lo consideraba, era él también el que, sin vista fiscal, desestimaba por no ser el hecho anoticiado constitutivo de delito.

Dicho centralismo —órgano y propulsor— es destruido en el nuevo Código (ley citada) que se abraza al sistema totalmente contrario, en cuanto instituye el órgano jurisdiccional con facultad de actuar, pero sólo si se lo insta a ello por otro órgano totalmente diferente de él que es el Ministerio Fiscal (concretamente el agente fiscal). La ortodoxia del nuevo régimen —congruente con el sistema de desconcentración— impone que si el agente fiscal no actúa pidiendo instrucción (requerimiento de instrucción, art. 195), no se inicia proceso.

Pues bien, esta novedad institucional impone la inserción expresa en la letra de la ley del otorgamiento de la acción pública penal al Ministerio Fiscal, quien la promoverá y ejercerá, no pudiendo suspenderla, interrumpirla ni hacerla cesar, sino cuando la ley lo manda (arts. 5° y 65).

Congruente con la sistemática hasta aquí destacada y en función de la denuncia, como forma anoticiadora de delito, la ley impone —para el cumplimiento de ese ejercicio— que ella le sea remitidá, tras su recepción y sin providencia ajena a la remisión —inmediatamente—, para que se promueva la acción. Sin ésta no hay proceso.

Pero la denuncia se puede formular tanto ante el juez, como ante la policía, como ante el fiscal (art. 174), y en cualquiera de esos supuestos, conforme con el sistema de desconcentración y atribución de acción, al agente fiscal únicamente (arts. 5° y 65, citados); la vista inmediata al Ministerio Fiscal se impone, diga lo que diga el Código en otros artículos, por cuanto lo contrario demolería el sistema y se retornaría al juez, amo y señor de la acción.

Así, el agente fiscal "requerirá instrucción" o pedirá la desestimación o declaración de incompetencia, y así, habilitado el juez, recién podrá proveer.

Ello vale, incluso, para el inicio de oficio de las investigaciones por parte del agente fiscal.

No hay escape a esta sistemática, no debe escapar, aun cuando la letra de la ley en norma aislada, confunda la prevención policial iniciada por *denuncia* (en cuyo caso no es sino igual que la de los otros supuestos de presentación) con la iniciada de oficio por la misma autoridad, dado su operativa de seguridad y prevención (arts. 174, 183 y 184). Y tampoco debe escapar a esa sistemática en este último caso, como si se encontrara divorciada del ejercicio de la acción por parte del fiscal; como si fuere posible iniciar proceso sin ejercicio de la acción. La congruencia sistemática de la nueva ley impone por su estructura total principista que respecto de la noticia emergente de la prevención, sea el fiscal el que accione o no. En todos los casos.

Lo contrario llevaría a una diferenciación inadmisible. Así: para la acción se erige todo un complejo normativo, fundado en la descentralización funcional, y se impone al titular de la acción que inste el avocamiento. En tanto que se rompe el sistema de descentralización cuando se trata de la policía y sobre sus actuaciones, sin promoción de acción y sin intervención fiscal, puede abrirse el proceso con avocamiento o con archivo. El juez resucita de su reducción actual y se encarna en el antiguo todopoderoso del centralismo anterior.

Esta ruptura entre una forma y otra de inicio no tiene sentido.

Se ha insistido en lo que antecede y resaltado fundamentos por cuanto se han dado ya criterios opuestos que descartan la necesidad del requerimiento fiscal en los casos de denuncia contra autores desconocidos, a la par que se confunde la función prevencional con la de ejercicio de la acción por el agente fiscal [1].

En ese criterio se ha dejado de lado, para atarse a una posible oscuridad normativa, el origen del modelo seguido por nuestra ley. El titular de la acción y su promotor es el Ministerio Fiscal. Lo que ocurre es que trasladado dicho modelo a nuestro país, con enormes extensiones flacamente

[1] Criterios opuestos al desarrollado en el texto.

Requerimiento de instrucción. Improcedencia: causa iniciada por denuncia en policía.

a) No es indispensable el requerimiento fiscal en los casos de denuncia contra autores desconocidos, formulada ante la prevención policial y remitidas al juez de instrucción una vez realizadas las mínimas diligencias de investigación, ya que el nuevo Código prevé tal procedimiento sólo en las denuncias que se formulen ante el propio juez (art. 180, CPP).

b) Si bien es cierto que el art. 188 ordena el requerimiento, tanto en la denuncia formulada ante el juez, como en aquéllas hechas ante la policía, también indica en el art. 195 que la instrucción será iniciada en virtud de un requerimiento fiscal o una prevención policial, es decir, la prevención desplaza al requerimiento.

Dictamen de la Fiscalía de Cámara nro. 3, 1/10/1992, causas 6, "Lavadero Victoria", y 7, "Lozano", ambas del registro de la sala VII procedentes del Juzg. Inst. nro. 21, Sec. 165.

pobladas y grandes distancias entre el lugar del hecho y el asiento del Ministerio Fiscal y del tribunal, hubo, por adecuación a esa realidad, que dar intervención instructoria inicial a la policía del lugar, erigiendo de esa manera el sumario prevencional. Pero él no es sino *notitia criminis*. Tanto ésta como la de la denuncia, son base para la acción a promover por el fiscal, pero no puede reemplazarla.

También se ha dado el caso [2] de que por recibida la denuncia, con asunción de parte querellante, el tribunal receptor, en vez de remitirla al agente fiscal para que asuma su función accionante, se avocó decretando medidas para reunir en autos elementos de prueba —núcleo del objeto procesal concreto— para luego dar la vista, con elementos de juicio suficientes, para que el fiscal pudiera opinar. De esta manera el juez ordenó instruirse. Violó la ley y la agregación de los elementos que reunió es lisa y llanamente nula.

Hay que convencerse: el sistema actual coloca al juez, hasta el dictamen fiscal, en situación expectante y nada más [3].

II. La denuncia

a) Concepto

Es un modo legalmente regulado de comunicación de conocimiento ante un órgano judicial al que se le lleva la noticia de la existencia de un hecho delictivo, narrado con la mayor amplitud posible, indicando las pruebas que de él se conozcan.

El que formula esa comunicación es cualquier persona que del hecho haya tomado conocimiento directo o indirecto, ya por haber soportado su comisión y ser, por tanto, el lesionado por él mismo, o ya porque lo presenció, sin ser lesionado, o tomó conocimiento de él por cualquier otra vía.

Esa posibilidad de comunicación está limitada en su procedencia, como denuncia, por el tipo de delito de que se trate, el que se reduce *a aque-*

[2] Juzg. Nac. Corr. nro. 5, Sec. 74, causa 25.719, s/denuncia-querella por lesiones culposas por mala praxis médica.

[3] Es desacertado que el juez, frente al pedido de desestimación de la denuncia formulado por el fiscal, eleve el expediente a la cámara en consulta haciendo una interpretación analógica del art. 348, CPP.

Cám. Nac. Crim., sala VII (int.) (Inst. 21, Sec. 165), 16/10/1992, "Cabezas, E. A. s/denuncia", causa 22, voto de los Dres. Bonorino Peró, Ouviña y Piombo.

En igual sentido: Cám. Nac. Crim., sala VII, 16/10/1992, "Pirillo, José s/querella" (Inst. 12, Sec. 135), causa 32.X.

llos de los cuales nace acción pública. Pero dentro de éstos, para el caso de que se tratare de la subclase de los "dependientes de instancia privada" (arts. 71, inc. 1°, y 72, CPen.), tal posibilidad se reduce pues no puede denunciar sino solamente el que puede instar, es decir: el lesionado. Los demás, terceros, no.

La denuncia no es procedente en los delitos de acción de ejercicio privado (art. 73, CPen.) porque en este caso tal ejercicio está a cargo (en promoción, tramitación y terminación) del lesionado por el delito; y de su actividad propia y única depende el inicio y continuidad del proceso; si no lo hace el proceso se extingue; no interviene el fiscal. Todo ello resulta del mandato expreso del art. 76, CPen., que impone la querella como única forma de inicio. El querellante exclusivo y privado es "parte" en el proceso, y como tal promueve e impulsa el proceso tal como lo impone el Código Penal en el citado art. 76. Si, por el contrario, institucionalmente el denunciante no es parte (art. 179, CPP) no puede como tal cumplir el rol impuesto, por lo que la palabra "denuncia" incluida en esta última norma penal, se debe tener por no escrita [4].

En orden a la capacidad que debe poseer el denunciante, el Código nuevo no hace mención de ello; pero, si bien en este punto se aparta del Código viejo que imponía que debía ser persona *capaz* sin especificar de cuál capacidad se trataba, lo cual abrió una polémica: si la civil o la penal, las soluciones dadas entonces por la doctrina no son hoy ajenas a la nueva ley [5].

Como la capacidad que abre responsabilidad penal —única que adquiere el denunciante (art. 179)— se adquiere a los 18 años, porque antes no hay para los menores procesamiento y no son punibles (art. 1°, ley 22.278), y además se pensó en la validez del tipo de actos, documentos o actividad que puede dar origen a la denuncia en sí, se afirmó que la necesaria es la capacidad penal.

Por los mismos fundamentos hoy el denunciante debe ser persona penalmente capaz.

La regulación de la "denuncia" está cumplida por el nuevo Código en los arts. 174 y 182.

[4] SOLER, S., *Derecho penal argentino*, t. II, 1989, p. 536.

[5] MANIGOT, Marcelo, *Código Procedimientos Nacional en Materia Penal* (viejo). *Anotado y comentado*, art. 155, nota 267.

NÚÑEZ, Ricardo C., *Código Procesal Penal de Córdoba*, arts. 178 y 183.

RUBIANES, Carlos J., *Manual de derecho procesal penal*, t. III, p. 29, desarrolla las distintas interpretaciones, señalando la situación de los menores de edad y su capacidad para responder penalmente.

b) Autoridad competente para recibirla

La denuncia puede ser efectuada ante el juez de instrucción, ante el agente fiscal o ante la policía u otra fuerza de seguridad (art. 174).

Esta previsión general del Código deberá ser necesariamente reglamentada por la superintendencia de la cámara por vía de acordadas (art. 4°), como lo ha sido hasta ahora, por cuanto si bien la denuncia puede ser presentada ante el juez, siendo que de ellos en el viejo Código había treinta y dos y en el futuro con el nuevo Código y la nueva ley orgánica, ese número tiene que ser ampliamente superado, se impone como necesario un sistema de distribución entre los distintos juzgados mediante turno progresivo para que todos reciban por igual las denuncias.

Pero a ello se suma el extremo de que el poco usado hasta hoy sistema de presentación ante el agente fiscal, cobra ahora una inusitada importancia dado el hecho de que ese funcionario centraliza la acción penal y el "requerimiento de instrucción", atento a lo cual el inicio por ante él va a ser mucho más fluido. Como hay muchos fiscales la necesidad de distribución va a ser la misma que la de los jueces, antes y ahora. Hay que regularla por acordada.

En tanto que la que se formula por ante la policía y demás fuerzas de seguridad (art. 183), junto con el sumario de prevención que genera, irá también a centralizarse en la fiscalía para el "requerimiento", por lo que los turnos de aquéllas en relación a éstas también deben ser regulados por acordadas superintendentes.

Todo lo que antecede está previsto por el actual Código, que autoriza a los tribunales competentes a dictar dichas acordadas en acuerdo plenario (art. 4°).

En lo que hace a su tratamiento, tras su recepción, el Código viejo ha sido profundamente modificado, toda vez que el nuevo coloca la concentración de su apreciación y valoración inicial en cabeza del Ministerio Fiscal, siendo el agente fiscal el que, tras su conocimiento, en ejercicio de la acción penal (art. 65), requiere del juez *la instrucción* o *la desestimación* (arts. 180, 181/188). En el desarrollo de este punto nos remitimos a lo ya dicho en este capítulo en el apartado "tratamiento".

c) Clases de denuncia

Distinguimos tres clases que fueron tradicionalmente respetadas, con mayor o menor exigencia, por parte de la regulación procesal penal, tanto la vieja como la nueva.

1) *Denuncia facultativa*: Es la que deja en manos del particular, lesionado o no por el presunto delito, formular, o no, la denuncia, conforme su libre decisión.

Es la regulada por el art. 174 del nuevo Código; carácter que se centra en lo facultativo del verbo que usa la norma: "podrá" denunciarlo.

La crítica que le formula la doctrina es que favorece el individualismo y debilita la solidaridad social; extremo éste que a veces y según el tipo del grupo humano para el cual se legisla, es necesario apuntalar. El Anteproyecto del Código nuevo, preveía una forma de este tipo de denuncia solidaria, pero no cuajó en la sanción.

2) *Denuncia obligatoria*: Es la que la ley impone formular bajo pena de sanción si no se la cumple.

Es la que el Código nuevo prevé en el art. 177, y son sus formas las que se cargan a los *funcionarios públicos* y a los *profesionales de cualquier rama de la ciencia de curar.*

Pero nosotros doctrinariamente vamos a efectuar una distinción al respecto entre uno y otro caso.

2-1) Aquel en el que el funcionario público como tal y actuando en el ejercicio actual de su función específica, toma conocimiento de la existencia de un delito que da lugar a la acción pública oficiosa.

Dados los extremos citados, no hay alternativa alguna: tiene en todos los casos que denunciar.

En caso contrario le es imponible la sanción que el Código Penal, en su art. 277, inc. 1°, fulmina contra los encubridores: "*...omitiere denunciar el hecho estando obligado a hacerlo*". La fuente de esa obligación es el Código Procesal Penal, que en el citado art. 177, inc. 1°, sin variantes lo obliga. Ésta es la "denuncia obligación".

2-2) Aquel otro en el cual el médico o cualquier otro profesional de la ciencia de curar, que tomare conocimiento en el momento de prestar los servicios de su profesión, de la existencia de un delito contra la vida, o contra la integridad física.

Dados los extremos de la previsión procesal como fuente de la obligación, la acción típica del art. 277, inc. 1°, CPen. está satisfecha, pero para que sea delito, además tiene que ser antijurídica. Y si ese extremo no se cumple, no hay delito y no hay sanción.

Y es el caso de que nuestro Código Procesal Penal en el mismo artículo citado, 177, inc. 2°, crea una causa de justificación, cumplimiento de un deber: que es el de guardar el secreto profesional, que cubre o ampara la forma en que se enteró al prestar auxilio (art. 34, inc. 4°, CPen.).

Por esta razón la obligatoriedad de la denuncia en este caso depende de la existencia o no del secreto profesional, y esa diferenciación nos lleva a llamar a esta forma "denuncia deber".

Si no denuncia en su oportunidad, y lo procesan por encubrimiento, tiene la posibilidad de invocar la justificante citada; en cambio, el funcionario omiso no tiene esa posibilidad.

3) *Denuncia prohibida*: Este tipo de denuncia es el que se centra entre sujetos cuyo parentesco con el denunciado es muy cercano. Y así se prohíbe formular denuncia contra el cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos y viceversa (art. 178).

Ella existía como tal en el Código viejo y es de aceptación general en todos los códigos provinciales, al extremo de que ha sido recogida en la letra de las constituciones provinciales. Se sustenta en la idea de que con ese actuar se conmueven los lazos familiares y que ante la necesidad de mantener la incolumidad del núcleo familiar es necesario prohibir ese procedimiento que puede ser destructor. Por cierto que se le pone un límite a la prohibición y éste es el caso de cuando el denunciante es la propia víctima o tiene con ella un parentesco más cercano que con el victimario; a lo cual hoy se agrega (supera en esto al viejo, que se detenía ahí): o "*pariente suyo de grado igual*".

Nunca hemos creído que sea éste un remedio eficaz para preservar a la familia. Ello se debe a que es larga la experiencia recogida en la magistratura penal de menores, en la que se daba reiteradamente el delito de violación o corrupción de padre a hijos o hijas —en larga convivencia y en reiteración— en cuyo caso el hablar de "familia" como entidad a preservar es una falacia, y que ante la denuncia formulada, entonces, por un hermano, o tía, no se la admitía por estar prohibida. Ello obligaba a recurrir al subterfugio de hacer aparecer como denunciante al fiscal o a un tercero.

Por cierto que siempre hemos creído y sostenido que semejante aberración se cura creyendo en la prudencia, equidad y conocimiento del juez, que podrá distinguir y desestimar la denuncia falsa y artera, de la auténticamente viable, en protección precisamente de la "familia".

d) Forma

Ella puede ser escrita o verbal.

En este último caso se la expone oralmente ante la autoridad que legalmente está autorizada para recibirla: juez, prevención, fiscal, y ésta levanta un acta con todos los recaudos exigidos para su presentación y contenido,

y previa identificación documental (igual que para la escrita), la hace firmar y le da curso fijado por la ley.

Puede hacerse en forma personal por el propio interesado o por medio de *apoderado especial* para ello, y en este caso hay que acompañar el poder con la denuncia (art. 175).

La exposición denunciante, tanto verbal como escrita, debe contener obligatoriamente, por lo menos en la medida de lo posible, la individualización con nombre y apellido y domicilio del denunciante; la relación del hecho, con indicación de sus circunstancias de tiempo, lugar y modo, y la indicación de sus partícipes. Se indicarán en su caso el o los damnificados, los testigos y demás elementos que permitan la comprobación y calificación del hecho (art. 176).

III. La querella: Su supresión como forma de iniciación. Su complementación con la denuncia, asunción como querellante parte en el proceso y parte civil

La querella, *como forma de iniciar* el período instructorio, ha sido eliminada de la legislación procesal penal de la Nación, en la que era prevista por su viejo código de la materia.

Con tal proceder se ha perdido una *forma de inicio* que daba al particular ofendido cierta autonomía.

Pero no ha desaparecido, por cuanto como ya lo explicamos, el particular ofendido, lesionado por el delito (art. 174), puede hacer denuncia, pero en el mismo acto puede asumir el rol de parte querellante (arts. 82/84 y 89) y además el de actor civil (arts. 87/89 y 90, 91), con lo cual *tiene un importante rol de impulso*, investigación y alegación durante y al cierre del sumario (arts. 346, 347 y 93).

Claro que no es forma de inicio, pero es incuestionable que es "*parte*" desde el momento mismo de la denuncia, e incluso puede apelar si no lo tienen por parte en la forma citada (arts. 84 y 95).

IV. La prevención

a) Concepto

La prevención es una forma compleja, legalmente regulada, de comunicar participación de conocimiento al órgano judicial, que se cumple por la policía u otra fuerza de seguridad interviniente y ante las cuales se ha for-

mulado por persona ajena a ellas una denuncia, o ella, por propia iniciativa fundada en las obligaciones que le impone la ley, ha actuado de oficio.

Decimos que es un acto complejo porque, por denuncia o por iniciativa propia, lo cierto es que este órgano investiga en forma preliminar y produce actuaciones que se acumulan en un legajo, de todo lo cual se da noticia al juez y al fiscal. En su consecuencia ese legajo que se llama "sumario de prevención", es una *noticia criminis* compleja, calificada, muchos de cuyos pasos se producen por expresa indicación del juez o del fiscal, tal como lo pone de resalto: "por orden de autoridad competente" que luce en el art. 183.

Este medio de inicio de la instrucción, al igual que la denuncia, está previsto respecto de los delitos de los cuales nace acción pública oficiosa, pero no para los de acción pública dependiente de instancia privada, respecto de los cuales debe subordinarse, junto con el tribunal y el fiscal, a que el privado inste la acción. La acción privada está eliminada de este tipo de promoción de la acción (arts. 71, inc. 2°, 73 y 76, CPen.).

Por cierto que este tipo especial de procedimiento, dado que está a cargo de fuerzas de seguridad, además de dar noticia inmediata al juez y fiscal, tiende a impedir que los hechos cometidos sean llevados a consecuencias ulteriores, y, lógicamente, a individualizar a los culpables del hecho y reunir las pruebas para dar base a la acusación (art. 183, cit.).

b) Autoridad competente para instruirla

Por lo dicho anteriormente, esta autoridad es la policía y demás fuerzas de seguridad (prefectura y gendarmería).

Su intervención, al igual que la referida a las denuncias, dado el enorme radio territorial de su competencia y la correlativa relación con los también numerosos jueces y fiscales, deberá ser regulada por acordadas reglamentarias de las cámaras (art. 4°).

c) Facultades

De inicio recordamos que estos funcionarios de seguridad actúan en la calle, en el campo de ocurrencia de los delitos, fuera del tribunal, por lo que, como avanzada, llegan al lugar del evento delictivo y deben cumplir una serie de diligencias ineludibles y urgentes cuya asignación por la ley se explica precisamente por esa característica operativa.

Así, ni bien llegan al lugar del hecho, deben tratar de que ninguno de los rastros o huellas del delito sea removido o cambiado, custodiándolos

hasta que llegue la autoridad judicial, bajo cuyas directivas los recogerán, individualizarán y conservarán.

Esta exigencia legal de actuar hasta que llegue la autoridad judicial encontraba en esa presencia que era, así, obligatoria, su límite. Pero con la reforma de la ley 25.434, se cambia y el juez o en su caso el fiscal *pueden no presentarse* y reducirse a dar directivas y dar la orden de levantamiento de la custodia. De esta manera ella y su límite operativo quedan realmente en manos de la prevención.

Y si esta actividad, en espera a la autoridad, se viere comprometida en su efectividad por demora, entonces deben asumir actividad e impedir que ninguna persona, del lugar o de sus adyacencias, se aleje hasta que se cumplan las diligencias. Y suman a ello —en caso de emergencia— su actividad para sacar fotografías, levantar planos, realizar exámenes técnicos y demás diligencias que aconseje la policía científica. En esa actividad investigativa podrá interrogar testigos. Aprehender a los presuntos culpables y disponer su incomunicación. Todo lo cual se complementa con la facultad extraordinaria de allanar domicilios sin orden judicial en los casos especiales que prevé el art. 230, o requisar domiciliariamente en los casos de pedido de auxilio desde dentro de una casa, o de seguimiento de un delincuente a quien se tiene que detener y se introduce en un domicilio, o en el supuesto de entrada de un sujeto a un lugar en forma inconfundible para cometer un delito, o en caso de incendio o catástrofe. Por cierto que en todos estos casos puede hacer uso de la fuerza pública en la medida de lo necesario (art. 184, incs. 2°/9°).

En esta actividad de seguridad, puede operar tanto por vía de consecuencia de denuncia —inc. 1°— o por la función propia de seguridad (recorrida del radio de competencia).

Les está vedado tomar declaración al imputado que no sea la meramente identificatoria y, en este caso, deben hacerle saber que puede designar defensor, con todas las garantías que rodean a la declaración de este tipo (art. 181, última parte).

Les está vedado también abrir la correspondencia que secuestren, la que deberá ser remitida inmediatamente, bajo constancia y responsabilidad, al juez de la causa. Puede ser cualquier otro juez, en casos de urgencia, quien, si lo estima conveniente, puede ordenar la apertura (art. 185).

d) Formas

Tienen la obligación de sujetarse a formas de subordinación y de actuación.

Las primeras, en cuanto deben *comunicar* inmediatamente al juez y al fiscal todos los delitos que llegaren a su conocimiento y lo actuado en su consecuencia en lo inmediato y por urgencia.

Esta comunicación debía ser realizada conforme los términos del art. 176 del Código Procesal, por lo que debía, tras la individualización de la autoridad y personal interviniente, narrar el hecho lo más completo posible, sus pruebas, individualizar sus autores y todos los elementos de juicio con que se cuente. Con ello se imponía en forma clara identificar de inicio el objeto procesal y dentro de sus límites ubicar toda la actuación. Esa exigencia fue suprimida por la ley 25.434, con lo que se descabezó el sumario de prevención en la garantía que esa antigua exigencia representaba.

Por esa razón es necesario que la prevención emita de inicio la comunicación de ley por fax con la exposición de los elementos del citado art. 176 del Código Procesal y agregue copia auténtica de él como cabeza del sumario de prevención. De esta manera todo lo que se haga, por propia iniciativa o por orden judicial, quedará concordado con el incipiente objeto procesal señalado.

Y remitir, en elevación, las actuaciones de prevención al juez que corresponda, dentro de los cinco días de su iniciación. Se prevé una mayor extensión de ese plazo que no puede pasar de los diez días. Esta previsión tiene mucha importancia y pone límite a duraciones de los sumarios de prevención que resultaban increíbles, sobre todo en delitos que eran de competencia correccional en la vigencia del Código viejo.

Las segundas, esto es la estructura del sumario prevencional, están señaladas por el Código y resumen en: 1) lugar, día, mes y año en que fue iniciada; 2) nombre, profesión, estado y domicilio de cada una de las personas que en ellas interviniere; 3) las declaraciones recibidas, los informes que se hubieren producido y el resultado de todas las diligencias practicadas (art. 186, incs. cits.).

El incumplimiento de la obligación de comunicación, subordinación y de tiempo hace pasibles a las fuerzas de seguridad actuantes de sanciones disciplinarias y penales (art. 187).

V. La iniciación oficiosa: Concepto. Autoridad competente

Esta forma de inicio de la investigación se presenta cuando es el mismo órgano instructor el que de por sí se insta sobre la base de su propio conocimiento documentado y volcado en una propia acta, en la que *narra*, tras la fecha de la misma, señalamiento del cargo del que la produce y su firma,

el hecho de que ha tomado conocimiento personal, todas sus circunstancias modales y la noticia que tuviere de su autor o partícipe, y las pruebas que tuviere, *ordenando* luego las diligencias a producir para tramitar la investigación.

En el Código viejo esta forma de inicio de la instrucción estaba regulada y encargada al juez de instrucción, que de ese modo concentraba en su cabeza la función denunciante y la de decidir. Criticábase la concentración inquisitorial en lo que, en realidad, se tenía razón. Se la usó muy pocas o ninguna vez.

Hoy con el nuevo Código *esa función se desconcentró*; se la sacó de la competencia del juez de instrucción y se la atribuyó a la del fiscal, quien, como órgano externo al tribunal, ante éste podrá oponer, luego de consolidado su conocimiento, el requerimiento al juez, el que independientemente decide. Hoy así, no existe la objeción de inquisición que se hacía antes.

La institución de esta facultad oficiosa está cumplida por el art. 188, ap 2.

Proyecto de ley de reforma citado (Cap. I, *in fine*)

Destruye en su base el sistema del Código actual en lo que hace al inicio mismo del proceso. Así porque, modificando el art. 180, le vuelve a otorgar el juez el poder de iniciar por sí, sin requerimiento del agente fiscal, la actuación instructoria cuando es él el que recibe la denuncia. Vuelve al sistema del viejo Código, dejando de lado la titularidad de la acción penal en cabeza del fiscal. Ya no tiene la obligación de transmitir al fiscal la denuncia que reciba, sino que él mismo puede decretar su avocamiento y disponer las medidas para averiguar su objeto procesal; o, en su caso, desestimarla. Sólo tiene que hacerle conocer (notificarlo) al agente fiscal de la presentación de la denuncia y lo que ha proveído.

Partiendo el sistema en dos, respecto del caso en que la denuncia sea recibida por el agente fiscal, le atribuye a éste la facultad de requerirle al juez la instrucción, la desestimación o la incompetencia. Pero esto es cuando la noticia del delito le llegue al fiscal en forma directa, por cuanto la remisión directa e inmediata de la denuncia por el juez y luego actuar sobre el requerimiento ha sido suprimido en este proyecto.

Esta modificación es la que da base al cambio que se proyecta introducir en los arts. 5° y 65, Código vigente, en cuando debilita la titularidad de la acción pública que acuerda al agente fiscal. Y así dice el nuevo cuño que se propone: "La acción penal pública se ejercerá por el ministerio fiscal, sin perjuicio de las facultades que este código otorga a los jueces...".

CAPÍTULO IX

ACTIVIDAD ADQUISITIVA

SUMARIO: I. Cuerpo del delito: a) Concepto.— II. Regulación legal: a) Generalidades; b) Inspección judicial; c) Reconstrucción del hecho; d) Registro domiciliario; e) Requisa personal; f) Secuestro; g) Intervención de comunicaciones telefónicas; h) Restitución de objetos secuestrados.— III.* Nuevas técnicas investigativas: a) Agente encubierto; b) El arrepentido; c) Agente provocador; d) Entrega vigilada.— IV. Admisión de nuevos tipos de prueba.

I. CUERPO DEL DELITO

a) Concepto

La materialidad del hecho delictivo con todas sus circunstancias de tiempo, lugar y modo, como realidad, irrumpe en el medio circundante cambiando el estado anterior de las cosas; como totalidad objetiva se acompaña no sólo de esa cosa, ahora modificada, sobre la que recayó la causa generadora del evento, sino también de todas las huellas y rastros que dejó, como así inclusive de los instrumentos usados para producirlo o de los indicios útiles para determinarlos, individualizarlos y encontrarlos; todo acaecido en un determinado ámbito —de amplia, mediana o reducida magnitud— que también ofrece sus caracteres propios y en el cual se ubican personas que pueden aportar su testimonio o que pueden ser los responsables.

Esa materialidad puede englobar dentro de sus límites la simple *imputatio facti*, es decir la mera atribución objetiva del hecho como resultado a una acción humana. Ese cargar el hecho físicamente a un hombre, funciona analizando dentro de la teoría de la acción el nexo que hay entre la acción misma y su consecuencia que es el resultado. Si el hombre puso una acción que en forma adecuada produce regularmente como resultado el hecho que se investiga, éste materialmente se atribuye a ese hombre y él es el imputado, todo lo cual constituye la simple *imputatio facti*. Pero ello no significa entrar a considerar al hombre en su faz subjetiva, en su relación con el he-

* Ver el tema ampliado en MORAS MOM, Jorge R., *La investigación en el proceso penal. Técnicas del descubrimiento*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

cho como resultado consciente y voluntario; esto es, se elimina aquí la *imputatio juris*.

La materialidad que consideramos, con los caracteres y alcance que le conferimos, implica una corporeidad, un cuerpo que no es sino el del delito (*corpus delicti*), que en el "objeto procesal" se asienta estrechamente en el área del "hecho".

En efecto, la doctrina tradicional elimina la subjetividad de este cuerpo, que es lo que se ha denominado siempre *corpus delicti*.

Dentro de la doctrina, un sector de ella ha emitido una teoría, que es la que cuenta con mayor adhesión, y es aquélla que sostiene que el *corpus delicti* es total corporeidad y elimina de su seno toda consideración subjetiva de su agente productor (Ortolán).

Ella habría tenido sus raíces en el siglo XI en la Inquisición italiana que en el afán de autolimitarse, impuso que para poder considerar la responsabilidad del acusado, era necesario antes determinar de qué materialidad se pretendía aquélla; en síntesis, se aspiraba a contestar el interrogante: ¿responsable de qué? Y así nació el *constare delicti*. Pero éste era pura materialidad, sobre la que luego se averiguaría la correlativa subjetividad.

En cambio, otro sector, no tan seguido por la doctrina, sostiene que todo lo expuesto incorpora a su campo también la subjetividad desde el primer momento, porque como obra del hombre es imposible escindirla y por ello es materia de indagación la totalidad con ambos extremos (es el nervio central de la teoría finalista en el derecho penal).

Prevalente la primera, se ha admitido, como mejor distinción, la existencia de tres sectores dentro del *corpus delicti*: 1) el *corpus criminis* que es todo aquello sobre lo cual recae la actividad delictiva. El hombre muerto en el homicidio, el documento en la falsificación, la cosa en el daño, etc., todo lo cual no es sino el "objeto material" en la teoría penal del delito; 2) el *corpus instrumentorum* que es el integrado por los medios o instrumentos usados para la comisión del delito: el arma, el veneno, la combinación de ambos en el homicidio; el papel, tinta, planchas para falsificar; las llaves, ganzúas, elementos contundentes, para la usurpación, etc.; 3) el *corpus probatorium* que es el conjunto de pruebas que lucen aptas para la acreditación del hecho, tales como los testigos presentes en el lugar, los documentos demostrativos de consecuencias, operaciones y formas usadas para la comisión, etc.

Esta materialidad física, en sus tres aspectos, es la que ofrece el primer contacto para el investigador, cuyo deber es asegurar de inicio su inmovilidad, ubicarla en el teatro del hecho, recogerla y conservarla para que luego y respecto de ella se produzca prueba. Sobre la base de los papeles, tintas,

planchas, etc., se podrá hacer pericia en la falsificación. Sobre la base del cuerpo de la víctima se podrá hacer autopsia y determinar las causas de su muerte y el uso de los medios que se secuestraron. Se podrá escuchar como testigos, o como imputados, a las personas que en el lugar fueron individualizadas como habiendo visto u oído su comisión o las circunstancias que la rodearon.

El "cuerpo del delito" polariza, así, desde el inicio de la investigación, la actividad adquisitivo probatoria; en la línea de avanzada investigatoria, ésta, en su primer paso no consiste sino en juntar, acopiar elementos, todos los cuales luego serán objeto de valoración y base de probanzas.

Ésta es la razón por la que en los inicios de la investigación inmediata al hallazgo del delito, en el lugar del evento ilícito, el juez tiene que cumplir actos de secuestro, dejar constancia en acta de rastros y huellas del mismo, levantar planos para ubicar el hecho y su trayecto, obtener fotografías; todo, si es necesario, acompañado de peritos.

Es tan importante, que si la autoridad de prevención (policía - gendarmería - prefectura) tomó intervención como receptora de denuncia o por su actividad específica de seguridad, tiene la obligación, hasta que se constituya el juez, de custodiar el lugar y evitar todo cambio. Y si el juez no puede constituirse, tiene ella, en emergencia, que cumplir todos los actos de recolección y aseguramiento.

Ninguna ley procesal penal puede dejar de lado la contemplación de esta materialidad y todo lo que ella implica para la actividad investigatoria. Ya con un capítulo especial denominado "del cuerpo del delito", que incluye normas minuciosas y concretas para cada paso, divididos para delitos que dejan huellas permanentes, como para aquellos que sólo las ofrecen en forma transeúnte, o para los que no dejan huellas y todas las formas impuestas a su respecto. Ya como institutos generales, destinados a la obtención de los elementos que le hemos asignado a esa materialidad, lo cierto es que todos los códigos tienen una referencia a esta materia.

El Código de Procedimientos en Materia Penal de la Nación de 1889 le dedicaba un capítulo íntegro, bajo el acápite de "Del cuerpo del delito" y cubría primero una declaración general, y luego particularizaba el tratamiento para los delitos de huellas permanentes, conservadas o desaparecidas y la forma de dejar constancia en cada caso de lo recogido, levantando actas. Para los de huellas o rastros transeúntes hacía lo mismo. Y trataba el caso de aquellos que no dejan huellas para, al final, tratar las reglas para cada delito, pero no cubría todos.

Hoy el nuevo Código sobre la materia no tiene un capítulo rotulado de esa manera y sus reglas son más generales, pero tampoco deja de lado una regulación al respecto.

II. Regulación legal

a) Generalidades

El Código nuevo, acorde con los principios y fundamentos expuestos precedentemente, regula la materia referida a ese acopio de material necesario para la investigación del hecho y sobre el cual se producirá la instrucción con la producción a su respecto de las pertinentes pruebas.

Pero esa regulación aparece parcialmente dispersa en su texto, por cuanto en el Libro II, Título III que se refiere a "medios de prueba", se trata en tres capítulos sucesivos: "Inspección judicial y reconstrucción del hecho"; "Registro domiciliario y requisa personal"; "Secuestro" (arts. 216 a 238). En tanto que todo lo referente a la documentación del acto mismo de que se trate y las formalidades que se deben cumplir, son reguladas en el Libro I, Título V, Capítulo IV, "Actas" (arts. 138 a 141). Aparte de todo ello, lo que se refiere a la devolución de lo secuestrado, según sea el tipo de esos efectos y la titularidad a considerar, se regula en el Libro V, Título III, Capítulo III, "Restitución de objetos secuestrados" (arts. 522 a 525).

De todas las operaciones de acopio de material (de inspección, de registro, de secuestro), de todas —se repite— su resultado descriptivo de lugares, personas, cosas como también el hallazgo de cosas y efectos que puedan servir de prueba y sus respectivas características, incluida la forma en que el procedimiento se cumplió, se debe dejar constancia en acta levantada al efecto.

El art. 138, CPP es claro al respecto en cuanto dice que cuando un funcionario público que intervenga en el proceso deba dar fe de los actos realizados por él o cumplidos en su presencia, labrará un acta en la forma prescripta por las disposiciones de ese mismo Código.

Si el responsable de la diligencia fuera el juez o el fiscal, ellos deben ser asistidos por un secretario, en tanto que si lo fuere un funcionario de las fuerzas de seguridad, actuando por delegación judicial, serán asistidos por dos testigos.

La letra de la ley impone las formas de ese acto exigiendo la indicación del lugar y fecha de su realización; el nombre, grado, función del responsable de su cumplimiento; el nombre e identificación de las personas que están obligadas a asistir a su desarrollo; la indicación de la diligencia

realizada y su resultado; las declaraciones recibidas y la forma en que fueron llevadas a cabo. Esa constancia por acta será firmada por todos los concurrentes al acto. Y la omisión de alguna de ellas determina la nulidad del acto (arts. 139 y 140).

Estas exigencias derivan directamente del tipo de procedimiento cumplido en el curso de la etapa instructoria, el que se lleva a cabo dejándolo asentado por escrito y para su valoración en etapa posterior (el juicio oral y público) a cargo de otros jueces y con intervención plena de todos los sujetos. El sistema actuado asegura permanencia y da fe de regularidad; tanto los hechos documentados como las cosas y efectos recogidos no pueden ser cambiados.

b) Inspección judicial

La comprobación directa y de vista en el lugar del hecho o de complementación del mismo en su desarrollo, producida en los primeros pasos de la investigación, se prevé por el Código y se impone al instructor, sea éste el juez de instrucción o el agente fiscal si la dirección de la investigación le fue delegada por el primero (arts. 194 a 196).

Por cierto que los actos específicamente puestos por la ley, respetando garantías constitucionales, en cabeza del juez, no pueden ser cumplidos sino con su intervención.

El instructor, inspeccionando el lugar, las cosas o las personas, recogerá de ellos los rastros, huellas y otros efectos materiales que hubiere dejado la comisión del delito y los describirá en acta. Esa acta debe dar la cabal idea de todo lo que se ve con relación al evento delictivo (por ej.: calle y las marcas en ella de frenadas de vehículos colisionados, posición relativa de ellos, posición de las víctimas, tipo de visibilidad en el lugar, calidad del pavimento, pendiente de la calle, ancho y posibilidad de maniobra ofrecida por la calle, etc.), en un delito de homicidio o lesiones por imprudencia (arts. 84/94, CPen.).

Si el hecho no dejó rastros o no produjo efectos materiales, o los que había desaparecieron, debe dejarse constancia de ellos y tratar de describir el estado anterior de las cosas y el cambio que de él se observara en la actualidad.

Aparte de ello que es la función específica de la inspección judicial, puede ocurrir que alguno o algunos o todos ofrezcan material aprehensible, en cuyo caso, además de la descripción, se recoge ese material y se lo conservará —identificado— como elementos probatorios útiles.

Tanta importancia se le confiere a esta inspección y su resultado para la investigación que se impone que ella pueda ser realizada con intervención de la fuerza pública.

Y más aún, corroborante de esa trascendencia es el hecho de que se le den atribuciones al instructor para ordenar que durante la diligencia no se ausenten las personas que hubieren sido halladas en el lugar. O, en su caso, hacerlas comparecer si se hubieren retirado del mismo.

Rigen al respecto los arts. 216, 217 y 219, CPP.

Si alguna duda restara sobre la importancia conferida a esta inspección, téngase en cuenta que ella se asegura en su efectividad, aun antes de que al lugar arribe el juez o el fiscal, mandando al personal de prevención interviniente, que, en su espera, custodie la incolumidad del lugar, personas y efectos y prohíba el retiro de sujetos que estuvieron en el lugar. Y si hubiere demora que hiciere peligrar el resultado de la descripción y conservación de huellas, debe asumir esa autoridad y producir planos, fotografías, descripciones, etc., levantando ella las actas (art. 184, incs. 1°/4°).

Esa facultad de inspección y descripción con asiento en acta se extiende para el juez respecto de las personas. Su poder se extiende a poder inspeccionar corporalmente al imputado. Revisar todo su cuerpo en cuanto pueda presentar caracteres objetivos especiales (manchas, lunares, deformaciones, cicatrices, heridas, etc.). Esa facultad de inspección se extiende al estado mental general del imputado. Y no sólo respecto de éste sino de toda otra persona sospechosa.

Esta intervención en todos los casos puede producirse con la colaboración de peritos, con la presencia de persona de confianza del examinado o su defensor.

Debe decretarse por el juez en casos de absoluta necesidad la que será apreciada por el mismo: "...*cuando lo juzgue necesario*...", "...*de absoluta necesidad*...".

Todo con el cuidado de que, cuando sea posible, se respete el pudor del inspeccionado (art. 218).

Consideramos que esta permisión es sólo para la inspección corporal, lo cual significa que se observa a la persona como a una cosa: por lo cual se le puede compeler por la fuerza para que se exhiba y mirarla. Pero cuando se invade su cuerpo como persona —de la piel para adentro, "requisa personal"— ya no es una cosa, es una persona titular de derechos y garantías, y si se opone, no se lo puede compeler. Dudoso, casi por aceptarlo, pensamos que extraer de conductos de tracto fisiológico normal de expulsión (estómago-intestino) —purgante— alguna prueba allí ocultada, aun con oposición, debe ser aceptado. Lo que no se puede hacer es intervenir para

obtener sangre, tejidos, etc., para producir a su respecto pericias. La operación, por leve que sea, es invadir a la persona [1].

Este aspecto de la requisa personal como invasión de la persona marcha sobre el filo de las garantías constitucionales en cuanto ofende el derecho de intimidad, libertad, defensa en juicio y a los con cada uno vinculados. Ello exige un cuidado equilibrio en su aplicación. Éste es el que ha determinado la consideración detenida y profunda por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de esas garantías que hacen a la libertad individual, enfrentadas a las colectivas de seguridad y conocimiento de la verdad punitiva, a fin de resolver, en cada caso concreto, la preeminencia de una u otra. Lo ha hecho, por ahora, con relación a la pretensión de que mediante la extracción compulsiva de sangre, por la fuerza pública en caso de oposición del individuo, pueda realizarse el examen genético de identificación para determinación de parentescos, en los procesos penales por el delito de sustracción de menores y su adjudicación clandestina a supuestos padres. La pretensión de hacer la extracción de la muestra a la supuesta víctima y ya siendo mayor de edad, ha sido declarada inconstitucional. Esa integridad garantista sólo cedería en el caso de delito y respecto del presunto autor. Tendría preeminencia el interés colectivo de seguridad [2].

La misma situación está planteada y resuelta en el mismo sentido en un recurso de amparo, tramitado por ante la Cámara Nacional de Casación Penal. En la actualidad se encuentra en trámite de recurso extraordinario ante la Corte [3].

No pudo escapar el Código actual —ni el antiguo— a la regla particularizada, cubierta por cierto por las generales, de lo que ocurre con la inspección de un cadáver, respecto del cual después de describirlo con el total alcance y forma impuestos para todas las cosas, se encuentran con que el sujeto es desconocido, entonces —para identificarlo— se recurrirá a testigos, huellas dactipapilares. Agregamos nosotros cualquier otro medio científico apto al efecto.

Y el Código nuevo repite lo que el viejo: cuando todos los otros medios de identificación fracasaran exhibir, si su estado lo permite, el cadáver al público para ver si alguien lo reconoce.

[1] Ver Cap. VI —Ciencia y política procesal—, parág. I —Constitución Nacional y regulación legal procesal penal—, *in fine* y nota 1.

[2] CSJN, 30/9/2003, "Policarpo Vázquez y otro s/sustracción de la menor Evelyn Vázquez".

[3] Cám. Nac. Casación Penal, recurso de amparo 5172, "Ferreton, C. H.", 11/9/2003.

c) Reconstrucción del hecho

Con los elementos acopiados, con las pericias a su respecto producidas, con el resto de probanzas acumuladas durante la investigación, en su inicio o durante el curso de ella, puede darse el caso de que la forma en que el delito se desarrolló y cometió ofrezca posibilidades diferentes y ello no esté aclarado. Para resolver ese problema se instituye la posibilidad de reconstruirlo.

Para ello se reproduce el campo de desarrollo —lugar— con todas sus características comprobadas; se ubican los sujetos intervinientes; se los provee de elementos materiales similares a los usados en la comisión y se los hace desplazar, en cada caso, en las formas posibles resultantes de las constancias investigatorias. De todo esto se deja documentación: planos, fotografías, medidas, trayectorias, ángulos de incidencia, etc., en totalidad incluidas en acta.

No se puede obligar al imputado a intervenir en ella, pero él, como derecho, puede solicitarla.

Rigen este punto los arts. 221 y 138 a 141.

d) Registro domiciliario

Cuando el acopio de material excede de aquel que puede hacerse en el lugar mismo del hecho, y hay, por derivación de la investigación, que ir a buscarlo a otro lugar, la ley faculta al juez, si tuviere motivos para presumir que en determinado lugar existen cosas pertinentes al delito, o que en ese lugar puede efectuarse la detención del imputado o de alguna persona evadida o sospechosa, para que, en auto fundado, ordene el registro de ese lugar. Para ello, en actuación personal o delegada, podrá disponer de la fuerza pública.

Cuando la función de registro fuere delegada por el juez, éste expedirá por escrito, con indicación expresa de lugar, día y hora, nombre del delegado y la comisión a cumplirse, la orden respectiva. Los resultados del cumplimiento se asentarán en acta levantada en el lugar (art. 224).

Esa búsqueda del elemento indicado a cumplirse en el lugar concreto, ofrece a la regulación tres posibilidades: 1) que se tenga que hacer en domicilio particular, en lugar habitado o en sus dependencias cerradas; 2) en edificios públicos, oficinas administrativas, establecimientos de reunión o de recreo y cualquier otro lugar cerrado que no sea de habitación o residencia; 3) con o sin orden de allanamiento.

En el primer caso las formalidades son más severas, la operación no puede cumplirse sino con orden de allanamiento expedida por el juez y en horario con luz de día, desde que sale hasta que se pone el sol.

Sin embargo, se excepcionan estas exigencias cuando el titular del lugar consienta el procedimiento o se tratare de casos sumamente graves y urgentes, o cuando peligre el orden público (art. 225).

En el segundo caso, las formalidades se reducen en medida tal que sólo se necesita dar aviso del allanamiento al encargado del lugar, salvo que este aviso fuere perjudicial para la investigación. Pero si este lugar fuere el Congreso de la Nación, el juez necesitará la autorización del presidente de la cámara respectiva (art. 226).

En el tercero de los supuestos, cabe resaltar que tratándose de morada, al lugar no se puede acceder sin orden de allanamiento. Pero, además de los casos de conmoción de orden público, gravedad, etc., señalados precedentemente, se prevé la prescindencia de tal orden en los casos en que en el lugar se produzca incendio, explosión, inundación u otro estrago por el cual se encontrare amenazada la vida de los habitantes o la propiedad (art. 228, inc. 1°).

O que se denunciare que personas extrañas han sido vistas mientras se introducían en una casa o local, con indicios manifiestos de ir a cometer un delito (*idem*, inc. 2°).

O que en una casa se introduzca algún imputado de delito a quien se persigue para su aprehensión (*idem*, inc. 3°).

Y también se prevé el caso que desde una casa o local provengan voces que anuncien que en él se está cometiendo un delito o pidan socorro (*idem*, inc. 4°).

El allanamiento en cualquiera de los supuestos en que él se realizara se sujeta a una serie de formalidades, la primera de las cuales es que al que habite u ocupe el lugar o esté allí encargado, o en última instancia a la persona capaz que allí esté, se le notifique la orden de allanamiento y se le autorice a presenciar la operación de registro.

e) Requisa personal

La búsqueda de cosas relacionadas con el delito investigado, fuera de los casos ya considerados, puede efectuarse también en el cuerpo de una persona cuando el instructor tenga motivos fundados para presumir que ella oculta en él el o los efectos buscados. Ante tal sospecha el juez, en decreto fundado, lo ordenará.

Esta operación será ejecutada si antes de ella, e invitada la persona para hacer entrega voluntaria de lo buscado, no lo hiciere.

Su desarrollo se hará en todo momento tratando de respetar el pudor del revisado; mucho más si se trata de una mujer, en cuyo caso el ejecutor debe ser también mujer.

Todo el desarrollo, incluso su resultado y también lo que se hubiere encontrado, como así el resultado negativo, se asentará en acta (arts. 138, 139 y 230).

Repetimos en este aspecto la observación que, desde nuestro punto de vista, le hicimos al registro personal en el Capítulo VI, parágrafo I, *in fine* y nota 1. Mediante la requisa sólo se buscan elementos, pero no se los extraen del organismo mismo.

Esta institución incide directamente sobre la garantía constitucional de la libertad individual en su forma básica esencial que es el derecho de intimidad, privacidad o reserva, cuya excepcional invasión se autoriza sólo en casos extremos investigatorios concretamente prevista por la ley, disponibles por resolución fundada únicamente por el juez actuante en proceso abierto.

Por consiguiente no podría ser materializada por la autoridad policial, actuando sin proceso abierto, sin orden judicial y con finalidad meramente de prevención del delito, sustentada únicamente en la sospecha.

Pero esta situación ha sido analizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación [4] la que, con detenido estudio de lo que pueda constituir "causa probable", en el ámbito de "sospecha razonable", emergente de la consideración de la "totalidad de las circunstancias" del caso concreto en que se actúa y que deben volcarse en acto formal; con invocación de doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, ha resuelto admitiendo la regularidad constitucional de ese proceder policial prevencional del delito, pautando extremos de emergencia, fugacidad y peligro que acarrea toda demora investigatoria.

Este criterio extiende a esta situación los fundamentos de emergencia, extraordinarios, que autorizan la detención sin orden del juez, pero producida en proceso abierto. Si del procedimiento policial que consideramos resultare un efecto negativo (no se encuentra efecto alguno delictivo) se restaura la libertad, no hay otra consecuencia y la lesión individual se equilibra por la finalidad institucional que la anima y la cortísima duración de la misma.

En cambio, si diere resultado positivo, en cuanto de la requisa resultara el secuestro demostrativo de delito, se produce —acta de por medio— la aprehensión del sujeto —detención sin orden— y para apertura de proceso se da inmediata intervención al juez, el que decide, en caso de corresponder, la libertad o convierte la retención en detención formal.

[4] CSJN, 12/11/1998, "Recurso de hecho, Fernández Prieto, Carlos Alberto y otro s/infracción", ley 23.737, causa 10.099.

Claro resulta así que esta institución de la requisa personal preventiva se entronca con la aprehensión (llamada detención sin orden) como un supuesto avanzado de la misma, pero sobre similar base de emergencia.

Por ello y por ese alcance remitimos en esta oportunidad a lo que tratamos en "Detención sin orden. Aprehensión" en Capítulo XII, punto I-b-3.

Los argumentos jurisprudenciales y doctrinarios expuestos precedentemente y que fundaron la resolución de la Corte Suprema Nacional admitiendo la regularidad constitucional de la pesquisa prevencional, invocando la "causa probable" y la "sospecha razonable" en el caso concreto en que se opera, fundan la reforma que por la ley 25.434, se hizo al art. 184, inc. 5° del CPPN, en cuanto faculta a la prevención "disponer... las requisas e inspecciones del art. 230 bis...".

Pero esta última norma (también introducida por la ley citada) autoriza a la autoridad prevencional a realizar requisas personales, de efectos personales que el sujeto portare como así también de los vehículos en que viajare, procediendo sin orden judicial previa, siempre que se funde en "circunstancias previas o concomitantes que razonable y subjetivamente permitan justificar dichas medidas... en la vía pública o en lugares de acceso público". Esta actuación —que para el juez debe ser dispuesta en auto fundado—, si bien bordea las garantías constitucionales, podría ser admitida en función de emergencia y necesidad en los casos y circunstancias excepcionales en que se encuadra pero excede los límites de aceptación en cuanto la refiere al hallazgo de cosas probablemente provenientes o constitutivas de "un" delito y no "del" delito que se investiga. Esto generaliza la facultación que llega, así, a permitirla en ausencia de proceso abierto, en averiguación de la existencia de "un" probable delito, fundando así, recién, un acto procesal inicial de "un" proceso.

Esta situación de exceso se aumenta en cuanto la norma analizada extiende su alcance al hallazgo "...de elementos que pudieran ser utilizados para la comisión 'un' hecho delictivo...", porque de esta manera invade el campo equívoco de los actos preparatorios referidos a hechos que no se concretan en previsiones típicas de la Ley Penal referidas a la mera tenencia de ellos.

La tenencia de un martillo o una sierra, u otra herramienta, pueden ser usadas tanto para trabajar, como para cometer un robo, pero la mera tenencia de ellas no es de por sí delito, no "probable" "ni por las circunstancias de su hallazgo...".

En nuestra opinión y por esas razones la norma analizada es inconstitucional.

Esta facultación extraordinaria conferida, en emergencia, a las fuerzas de seguridad actuando como autoridad prevencional, se amplía por la misma ley, mediante el art. 231, ap. 2°, que dispone, como era lógico hacerlo, que, en las actuaciones de allanamiento o de requisa personal o inspección en los términos del art. 230 bis, puedan disponer y cumplir el secuestro de los efectos delictivos que hallaren. Ello con todos los recaudos, por supuesto, que se destacan en nuestro Capítulo IX.II.f.

En este punto también se introduce una modificación en cuanto la prevención ingrese en allanamiento y hubiere evidente riesgo para la seguridad de los testigos del procedimiento, ella lo haga sola primero. De tal situación se dejará constancia en el acta impuesta por los arts. 138 y 139, los que en ese sentido, se modifican.

f) Secuestro

Una cosa es describir lugares, personas, cosas y eventualmente recoger algún elemento que complemente esa descripción.

Otra es mandar buscar cosas o efectos que pudieren estar en lugares que se señalan; cuyo resultado como búsqueda puede ser positivo o negativo.

Y otra muy diferente, aunque su ejecución pueda insertarse en las dos anteriores, es ordenar la aprehensión de una cosa determinada relacionada con el delito; que pueda servir como prueba del mismo, o que sean objeto de confiscación en los términos del art. 23, CPen.

Esa aprehensión de cosas es lo que se rotula por la ley: "secuestro".

La materialización de la medida mediante su ejecución puede ser evitada en el caso de que el juez, creyéndolo viable, ordene a la persona que detenta la cosa o el documento, que lo presente al juzgado. Y si ésta lo cumple se evita la diligencia.

Esa entrega de la cosa o efecto en el tribunal no está exenta de que sus caracteres y su descripción, junto con la constancia de la entrega y quien la cumple, sean asentados en el acta que prevé la ley.

Todas las cosas secuestradas serán objeto de inventario y puestas en custodia y depósito por el juzgado bajo el sello del mismo (arts. 231 y 233). En el secuestro de documentos, además, cada hoja debe ser sellada y firmada por el juez y el secretario.

El secuestro en sí, en caso de urgencia, puede ser encomendado a la autoridad de seguridad, la que debe cumplirlo con los recaudos impuestos para la diligencia de requisa (arts. 224 y 231).

El secuestro incluye el de la correspondencia que mande o que reciba el imputado, exceptuada la que se intercambie entre él y su letrado defen-

sor. Éste es un acto que debe ordenarse por el juez en auto fundado. En él manda que se intercepte tal correspondencia y que se le remita al tribunal. Recibida la cual, el juez, para sí, en presencia del secretario, abre la misma y la lee. Si de ello resulta que su contenido no es útil para el proceso, la cierra, deja constancia en acta y la devuelve para que sea entregada a su destinatario.

En caso contrario, cuando ese contenido es útil, ordena el secuestro de la pieza y su agregación a la causa (arts. 234 y 235). Todo con constancia en acta.

Los funcionarios de la policía y fuerzas de seguridad pueden interceptar o recoger las piezas, pero no pueden abrirlas, sino que deben remitirlas al juez para que éste actúe en la forma descripta precedentemente (art. 185).

g) Intervención de comunicaciones telefónicas

Es éste un tema íntimamente vinculado a la garantía constitucional del derecho de privacidad (reserva de la intimidad), tal como lo es también el referido a la interceptación de correspondencia, tratado precedentemente. En éste, como en aquél, se produce una invasión en el núcleo mismo de la libertad de las personas; la diferencia está sólo en la forma de intercomunicación. En ambos casos la privacidad se extiende a través de un medio (correspondencia o teléfono u otro medio) en el que, tanto el remitente o transmisor, como destinatario o receptor, depositan su secreto en la invulnerabilidad que el propio medio elegido para comunicarse, por su propia esencia, ofrece: el sobre cerrado en una y el hermetismo del cable o hilo que conecta el micrófono con el auricular, en la otra.

La interceptación de comunicaciones telefónicas con el objeto de impedirlas o conocerlas, *sólo puede ser ordenada por el juez en auto fundado* (art. 236, CPP).

La problemática de esta forma investigativa, cuyo origen está fundamentalmente en los Estados Unidos de América, cuando después de la Primera Guerra Mundial, hubo de luchar contra una nueva forma de delincuencia asociada organizada que explotaba el tráfico de alcohol a través de la llamada Ley Seca, que prohibía el consumo de alcohol; problemática que, ante la garantía constitucional de la privacidad, llevó a modificar la Enmienda IV de su Constitución y, después de muchos avatares, consentir la interceptación del cable o hilo de comunicación; la problemática planteada por el conflicto entre el derecho y su invasión, se zanjó exigiendo que la orden para que ello fuera posible debía ser emitida por un juez, en proceso abierto, y en resolución fundada.

El auto judicial que disponga la medida es la única garantía de respeto que resta; por ello debe incluir en su texto todos los argumentos que la fundan, no siendo posible que, ante el silencio sobre este punto, se aspire a fundarse en los motivos que surgen de la actuación precedente en el sumario. La ley quiere los fundamentos en el auto mismo.

En este último, tras el mandato judicial librado a la autoridad administrativa pública para que concrete la interceptación, se debe señalar el pasaje de la o las conversaciones que se refieran específicamente a la actividad delictiva que se investiga; sea esta referencia lisa y llana o en clave. Por cierto que estas comunicaciones interceptadas deberán ser grabadas y remitidas al juez, el que, tras su escucha, deberá ordenar su transcripción escrita, sólo en lo que se refieran al delito del proceso; el resto, sellado, se archiva.

Es verdad que los delincuentes a los que se sometan a tal penetración van a tratar de ampararse en todos los casos en su intimidad, invocando la nulidad del procedimiento por la violación de su garantía. No es posible permitirles que conviertan a esta última en muralla de su tráfico ilícito. Para desbaratar todo artilugio defensista al respecto y poder penetrarlos hasta el fondo de su alma misma, es necesario que los jueces no dejen de fundar, aunque sea repetitiva y remarcadamente, sus resoluciones en todas las constancias precedentes obrantes en el sumario. Sólo así la resolución que ordena la medida será un auto, como lo ordena la ley.

h) Restitución de objetos secuestrados

Si ellos son los que se insertan en la letra del art. 23, CPen., como integrantes de la pena accesoria de pérdida de los efectos del delito, ya los que se consiguieran con el delito, ya los que se usaron para cometerlo, sin son de propiedad del autor o de sus cómplices, cumpliendo la sentencia que importe decomiso, el tribunal les dará el destino que corresponda según su naturaleza. Este caso está previsto por la ley 20.785, que, en principio, no está derogada por cuanto no se opone al nuevo Código sino que lo complementa.

Fuera de este aspecto, en el caso de no estar sujetas a restitución o embargo, las cosas serán entregadas a la persona a quien se le secuestraron. Y si ella ya las tuviere en depósito provisorio, se le convertirá éste en definitivo.

Por cierto que esta restitución de las cosas secuestradas se cumple cuando ya no fueren necesarias para el proceso, ya sea cuando éste ya terminó, o, cuando en su curso, ya cumplieron su finalidad.

Cuando ha transcurrido más de un año de concluido el proceso y nadie reclame o acredite tener derecho a la restitución, las cosas serán decomisadas.

Esta entrega se cumple a quien tenía la cosa en su poder al momento del secuestro, pero en caso de que sus derechos fueren cuestionados por otras, la dilucidación de quién deba recibirla será resuelta por la justicia civil.

Todo lo que antecede está regulado por el Código en los arts. 522 y 525.

III. Nuevas técnicas investigativas

El notable cambio de la realidad social acaecido en la segunda mitad del siglo XX, abarcativo de todos los sectores —tanto culturales, como científicos, económicos, financieros, etc.—, ha llevado su mutación también al campo delincuencial. Respecto de este último sector es ostensible el hecho de que la simple actividad delictiva a cargo de sujetos individuales o agrupados y operando con procedimientos relativamente sencillos, ha sido superada ampliamente en muchos casos por lo que ha dado en llamarse "delincuencia asociada organizada", cuya característica sobresaliente es su alta complejidad.

Esta última, a cargo de grupos humanos muy organizados, con apoyatura informativa y planificada muy amplia, operando con alta capacidad técnica y agresiva, con fuerte poder económico y hasta político, extiende su actividad a todo el territorio nacional y salta fácil y exitosamente las fronteras, invadiendo el área internacional. Claras expresiones de tal realidad se muestran en la narcocriminalidad, delitos del terrorismo, evasiones-estafas y defraudaciones fiscales.

Aquella antigua realidad criminal de otrora impuso entonces, conforme su naturaleza, los medios institucionales para su comprobación, conocimiento, prueba y juzgamiento adecuados para tal finalidad —y es así como ellos fueron recogidos por las leyes procesales de entonces—. Se iba al lugar de comisión, se miraba y se conocía. Y este conocimiento era el resultado de una investigación sustentada en la realidad material, pero también de una gran capacidad de observación, inducción y deducción de personal muy especializado.

En cambio, la nueva realidad muestra una lamentable pero exitosa clausura objetiva, de creciente extensión, a la penetración investigativa; clausura que se evidencia tanto en la organización de los núcleos criminales, directivos y de planificación, como en los operativos y de ejecución. Todo ello además de que usan de la información, sobre la base de verdaderos servicios propios de inteligencia, infiltrados en los distintos campos del área social. Esa nueva clausura, esa moderna barrera, es indispensable que sea penetrada por los poderes jurisdiccionales a fin de que puedan contar

con los informes necesarios para montar, en su contra, una investigación exitosa tanto respecto de la materialidad del hecho delictivo como de sus responsables.

Es, así, claro que en este campo de la delincuencia ha nacido un enfrentamiento que reúne, hoy, todos los caracteres de una verdadera guerra a cuyo teatro los contendientes —criminales y Estado— han trasplantado todos los sistemas útiles de la guerra clásica, tanto para agredir como para defenderse. De este modo lucen o pretenden lucir en este medio, incluso el espionaje, la delación, el soborno, la permisión de comisión de actividades delictivas, apoyar la consumación de delitos controlados, cambios de identidades de personas, a la par que la ampliación del régimen de pruebas.

Gran parte de lo señalado ha sido aceptado o aspira a ser aceptado por el Estado moderno, como medio necesario e ineludible para combatir la delincuencia asociada organizada y así se logra: el agente encubierto, el sujeto delincuente arrepentido, el delito vigilado, el informante o el testigo protegido.

Se las ha rotulado como "nuevas técnicas investigativas".

Son esencialmente inmorales porque fomentan todo lo bajo que hay en el ser humano. Pero ante la necesidad de un exitoso combate contra lo sucio y malo del delito, sin otra posibilidad, el Estado ha debido aceptarlas, aunque insertas en una muy delicada y exigente legislación.

a) Agente encubierto

Es un funcionario público perteneciente a las fuerzas de seguridad o a las policiales, tanto nacionales como provinciales, que, siendo altamente especializado en la materia de que se trate en el caso concreto, es designado por el juez interviniente en la investigación de un delito, reservando en secreto su identidad y dotándolo de una falsa de carácter operativo, para que simulando ser delincuente afín a la operativa de los investigados, se infiltre dentro de su organización, y vaya informando al tribunal sobre la composición y organización del grupo delincuente, sus planes, sus fuerzas, sus objetivos y todos los implicados como partícipes, incluso los que como funcionarios públicos los ayudan, a los efectos de que el juez pueda decretar las distintas medidas procesales que estime proceder con la finalidad de que, en función de esos informes, se incorporen al proceso elementos probatorios autónomos y válidos por sí con independencia de la información misma que dio base para pedirlos, a fin de poder eliminar legalmente toda la organización, conocer a fondo el hecho mismo y sus responsables y aplicarles con eficacia la ley penal.

Dejamos de este modo aclarado que, según nuestra opinión, el agente encubierto —el espía de la ley de guerra— no debe ser considerado como testigo en el sentido técnico probatorio; es sólo un informante, un penetrador en el campo enemigo que sólo aporta datos. Sobre estos últimos el juez se las ingeniará para decretar las medidas procesales útiles para obtener a su respecto medios de prueba. Por ello es que el agente encubierto nunca podría ser traído al proceso para declarar como testigo, como lo autoriza nuestra ley 24.424 ampliatoria de la 23.737 de represión del narcotráfico, para casos excepcionales, lo que, sujeto a veces superfluos argumentos, ha generado graves conflictos entre jueces y fuerzas de seguridad o policía, como el producido en la causa..., caratulada "....." en la que el Tribunal de Casación Penal de la Nación declaró nula la convocatoria como testigo, ordenó el cambio de juez y sancionó al tribunal oral que lo dispuso (causa 1012, "Navarro, Miguel Ángel s/recurso de avocación" en causa 394 "Aramayo, Rosendo y otros s/infracción", ley 23.737, registro nro. 1154 de fecha 27/9/1996).

Esta imposibilidad de que el agente encubierto pueda, aunque excepcionalmente, ser citado a juicio como testigo, hace, en nuestra opinión, a la naturaleza misma de su función meramente informativa. Pero es incuestionable que esa imposibilidad colabora también para la protección de la vida e integridad física tanto del agente como de su familia, contra los que van a atentar, sin temor a duda, los delincuentes espiados; la vida diaria lo pone en evidencia.

Para completar esa protección es que se le cambia la identidad y la de su grupo; si por esa seguridad quiere retirarse, incluso de su empleo, se le concede un retiro con remuneración correspondiente a dos grados más que el que tenía en actividad, se le da nuevo domicilio y se le paga una indemnización para que pueda iniciar otra actividad. Si se lo llamara como testigo a juicio oral y público, se destruiría toda la protección.

El agente encubierto que observa a la asociación organizada delincuente desde esa infiltración, ha sido regulado también por la ley 24.424 en lo que hace a su desempeño, la forma de comunicarse con sus autoridades e incluso la forma en que ésta lo va a vigilar a él en su fiel cumplimiento.

Ninguna persona podrá dudar de que este infiltrado, viviendo dentro del grupo delincuente, podrá ser probado por éste comisionándole actividades delictivas de las que en ocasiones no podrá zafarse. Si se sustrae a esas conductas se va a poner en evidencia. Por ello la ley le autoriza, en casos estrictamente necesarios, a cometer delitos impunemente.

Esta institución, seriamente controvertida por todas sus notas negativas éticas, morales, sociales y jurídicas, ha sido aceptada, como inevitable-

mente necesaria, para poder combatir la gravísima delincuencia narcotraficante, apoyada por todos los proyectos de ley presentados al respecto, por la ley 24.424 integrativa de la 23.737 que reprime el tráfico de drogas. Y, hoy, como nueva técnica investigativa, con resultados positivos, se intenta incorporarla en nuestra legislación para la investigación de todos los delitos asociados organizados.

b) El arrepentido

Se cobija bajo este rótulo el sujeto que estando imputado por la comisión de un delito, ya sea meramente ejecutivo, ya organizativo, ya conductivo, de una asociación delincuencial, organizada para esa actividad, por las razones que sean, mostrándose arrepentido por su pasado (aun cuando realmente no lo esté y todo sea un bastardo cálculo de conveniencia), para zafar de la pena que pudiera corresponderle u obtener una menor, informa a la autoridad jurisdiccional sobre los extremos que puedan conducir al desbaratamiento de sus actividades y la destrucción de la asociación.

No obstante la bajeza moral que en la casi totalidad de los casos anida en el seno mismo de este sujeto, la ley 24.424 incorpora a la instrumentación de la ley 23.737, al "arrepentido" como técnica para conocer desde adentro, desde el seno mismo de la asociación, todo lo que hace a su propia existencia, su organización, operatividad, proyectos y poderío, de modo tal que esos datos sean útiles para destruir la agrupación.

Si esto último se consigue, la ley prevé un premio de disminución de pena o eximición de ella para este imputado desertor.

Por cierto que, al igual que el agente encubierto, este sujeto tiene instituidas a su respecto una serie de medidas protectoras de vida e integridad física.

Aceptado, como ya lo dijimos, por la ley especial, hoy se aspira por nuestros legisladores generalizarlo para la represión de todos los delitos.

Esta aspiración ampliatoria, pero sólo para el delito del nominado "secuestro extorsivo", previsto por los arts. 142 bis y 170 del CPen., se logró concretar mediante la ley 25.742 dictada el 19 de junio de 2003, por la que se incorporó como art. 41 ter del CPen., el siguiente: "Art. 41 ter: Las escalas penales previstas por el art. 142 bis y 170 de este Código podrán reducirse en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo respecto de los partícipes o encubridores que, durante la sustanciación del proceso o antes de su iniciación, proporcionen información que permita conocer el lugar donde la víctima se encuentra privada de libertad, o la identidad de otros partícipes o encubridores del hecho, o cualquier otro dato que posibilite su

esclarecimiento. En caso de corresponder prisión o reclusión perpetua, podrá aplicarse prisión o reclusión de ocho (8) a quince (15) años. Sólo podrán gozar de este beneficio quienes tengan una responsabilidad inferior a la de las personas a quienes identificasen".

Queremos distinguir a este informante legalmente aceptado, del que se rotula simplemente "informante", conocido en la jerga como "datero" o "buchón", y que por el contrario ha sido rechazado por el legislador, aunque algún proyecto normativo se presentó en su favor.

A diferencia del "arrepentido" este "'informante" no forma parte de la asociación delincuente; es decir que trabaja desde afuera, en donde, por su vinculación en el hampa, tiene y obtiene muchos datos. Se diferencia también del arrepentido en el hecho de que éste, como ya lo dijimos, obtiene como beneficio únicamente una modificación total o parcial de la pena. En tanto que el informante aspira a cobrar dinero por el informe que, en definitiva, vende.

Como lo adelantamos, este sujeto no existe en nuestra ley, aun cuando se aspira a introducirlo. Pero vive en el bajo fondo del delito y de hecho todos los días opera su aporte y... cobra, en dinero o en favores.

Paralelamente a la introducción del "arrepentido", mediante la ley 25.760 del 7 de agosto de 2003, se agrega en el Código Procesal Penal, el art. 212 bis por el cual en los procesos por "secuestro extorsivo", se faculta para recibir al imputado declaración indagatoria, salvo que éste manifestase su voluntad de declarar ante el juez. Para el caso de que lo hiciera ante uno u otro, en ambos... antes de comenzar la declaración, deberá informarse detalladamente al imputado, si correspondiese, las disposiciones del art. 41 ter del CPen. en cuanto podría beneficiarse si informa al instructor de los detalles delictivos previstos en dicha norma.

c) Agente provocador

No es una técnica investigativa aceptable; es un delincuente.

Este sujeto entra en contacto con otro o un grupo de ellos, que, organizados o no, tienen la idea de cometer algún delito, y él les lleva la propuesta, el plan, el sistema de ejecución y todo lo necesario como entusiasmarlos hacia el ilícito, hasta que se determinan a cometerlo. No ha penetrado en el grupo para reconocerlo sino para determinarlo a delinquir y es lo que bajo el rótulo de "delito experimental", va a caer, en casi todos los casos, dentro de los límites de la "instigación" como forma de participación criminal (art. 45, CPen.) que como tal es punible, junto con los que ejecutan.

Hay que cuidar que el "agente infiltrado o encubierto" no derive en provocador.

d) Entrega vigilada

También incorporada por la ley 24.434 a la 23.737 de represión del narcotráfico, esta institución consiste en, ya producido el conocimiento del desarrollo de un embarque de drogas, permitir que él continúe hacia su destino y entrega definitiva a destinatario, con la finalidad de conocer así toda la organización de origen y destino, su movimiento y distribución, e, individualizados todos sus responsables, poder detenerlos y sancionarlos, destruyendo todo el sistema.

Supone la asunción por parte de las autoridades estatales, tanto de origen, como de las de tránsito, de la vigilancia y contralor oculto de todo el movimiento por sus respectivas jurisdicciones, con el compromiso de que así también va a hacerlo la autoridad del lugar de destino, que es la que va producir el desbaratamiento total y el secuestro de la mercadería, cuya cantidad también ha sido señalada.

La inspiración que anima esta técnica, que en definitiva no implica sino permitir la consumación del delito, es la de tomar conocimiento de la totalidad de la organización delincuencial, incluso del mercado que domina y sus conexiones; todo lo cual se perdería si el ciclo fuera interrumpido en alguna de sus etapas intermedias.

IV. ADMISIÓN DE NUEVOS TIPOS DE PRUEBA

Sentado que distinguimos como actividad adquisitiva del cuerpo del delito todo lo que hace al acopio de elementos de conocimiento sobre los que luego trabajará la prueba; y que como primer paso integra, ante lo originariamente desconocido, lo que se ha rotulado como "investigación", y que lo separamos de lo que constituye la *actividad probatoria*, como acumulación de acreditaciones de la verdad de los aportes y afirmaciones cumplidas en el proceso, debemos decir que en el primer campo se enrolan las técnicas investigatorias que se han analizado. Y que en el segundo, también por la ley 24.424 se han incorporado al elenco de medios de prueba lo que, como aporte de la moderna ciencia, proporcionan la filmación cinematográfica, la fotografía y la grabación electrofónica.

Ampliaremos su consideración en el capítulo de la prueba.

CAPÍTULO X

EL IMPUTADO

SUMARIO: I. El imputado: 1. Concepto; 2. Identificación; 3. Capacidad; 4. Rebeldía.— II. Declaración del imputado: 1. Informativo - Identificatoria: a) Concepto y finalidad; b) Oportunidad y autoridad receptora; c) Situación de emergencia; d) Garantías; e) Formalidades; 2. Declaración indagatoria: a) Concepto; b) Presupuesto; c) Naturaleza jurídica; d) Normas de procedimiento y garantías del declarante; e) Oportunidad y autoridad receptora.— III. Efectos procesales de la declaración indagatoria: a) Auto de procesamiento; b) Sobreseimiento; c) Falta de mérito; d) Problema constitucional.— IV. Identificación de personas y cosas: a) Concepto y finalidad; b) Respecto de las personas y de las cosas.— V. Circunstancias personales del imputado. Jurisprudencia

I. EL IMPUTADO

1. Concepto

Imputado es el sujeto al que se carga la responsabilidad por el hecho delictivo que se investiga en el proceso, cualquiera sea el grado que su participación alcance. Junto con el hecho integra el objeto procesal, materia del proceso.

No es necesaria para adquirir la calidad de "imputado" una declaración jurisdiccional expresa, sino que legalmente es suficiente una *indicación imputativa de cualquier forma que ella sea* (art. 72, CPP).

Dicha sindicación atributiva de responsabilidad por el delito materia del proceso puede surgir al inicio del mismo con la imputación concreta a un hombre individualizado como en la denuncia (arts. 174 y 176), o en la asunción de parte querellante (art. 83, inc. 3°), o actuación prevencional (art. 184, inc. 8°), o requerimiento fiscal (arts. 5°, 65 y 188, inc. 1°), o promoción de querella por delito de acción privada (arts. 415, 418, inc. 2° y 426). En todos esos casos no es recaudo legal la acumulación previa de prueba que corrobore la simple sindicación.

Puede también surgir de un acto, incluso particular, como es el de la aprehensión del *in fraganti*, en el que la sorpresa en comisión delictiva que la ley exige juega como recaudo probatorio (arts. 284/287).

Los expuestos abarcan actos tanto procesales como preprocesales. Y es por ello que la ley prevé los derechos del que se considere imputado aun antes de la iniciación concreta del proceso (art. 279).

En tanto, en lo estrictamente procesal y en el curso del sumario, se constituye al imputado con el acto expreso de la detención con orden judicial, por cuanto ella implica la finalidad indagatoria (arts. 282 y 283), lo que a su vez exige como recaudo una "sospecha" de responsabilidad emergente de las constancias acumuladas en la causa.

Su calidad abarca toda la duración del proceso; pero se comporta en realidad como un común denominador, toda vez que su situación procesal va variando en el desarrollo de aquél.

Así, llega a la instrucción como mera parte de una hipótesis de trabajo con la *notitia criminis* que le da origen (arts. 174, 183, 188). Cuando sobre tal hipótesis se arriman elementos probatorios, el conocimiento o instrucción del juez se va aumentando, hasta que surge, respecto del hecho medianamente probado, la sospecha de responsabilidad del imputado, por lo que por escuchado (art. 294), se lo procesa (art. 306). Así, bajo la forma genérica de "imputado" ha surgido el "procesado".

Luego, cuando se arriman nuevos elementos de juicio, y a su respecto se produce el "requerimiento de juicio" (art. 347) y éste es aceptado, surge el "acusado". Situación que concluye cuando el proceso llega a la sentencia. Terminada tal circunstancia podrá ser condenado o absuelto, según el caso, pero esto ya escapa al proceso. Para el "condenado" se abre la etapa de ejecución (arts. 490 y 515).

Al imputado la ley procesal le acuerda una serie de derechos ejercitables desde el inicio hasta la terminación del proceso, y que no son sino la regulación formal de derechos y garantías reconocidas por la Constitución Nacional (arts. 72 y 73, CPP).

Pero toda persona que ingresa al proceso por haber adquirido la calidad de imputado tiene siempre y en todo momento, ya durante el curso procesal o al final, el *derecho supremo de salir de él*, ya por sobreseimiento, ya por sentencia. Pero no puede quedar su situación en suspenso. La ley impone una definición.

Si tal definición lo fuere por sobreseimiento o absolución, ambas por no ser el imputado partícipe del hecho, se desliga al sujeto, pero el proceso queda abierto —sin decreto alguno de paralización o archivo— con orden de individualización y captura de el o los responsables para dar plena satis-

facción al mandato del art. 193, inc. 3°: "...*individualizar a los partícipes*...". Todo ello sin perjuicio de la prescripción de la acción que en el futuro el nuevo sindicado pueda oponer.

Inserto en el cuadro general que antecede, el imputado en los procesos especiales por delitos de acción privada ofrece además otros caracteres más particularizados derivados de la naturaleza propia de su materia y regulación. Ellos se tratan, junto con el procedimiento, en el Capítulo XXIII-II-c de esta obra.

2. Identificación

Aparte de la identificación por vía de declaración prestada, al efecto y con su consentimiento para el acto, por el imputado, tanto ante la autoridad de prevención (art. 184) como ante el juez (art. 297), en las cuales se expresa con todos sus datos personales, filiación, domicilios, residencias, profesión, oficios, o trabajo, etc., el Código prevé otros procedimientos cuando el descripto que rotula "las generales del imputado", fracase porque éste se niega a proporcionarlas o lo haga falsamente (art. 74).

Para el caso de fracaso o duda respecto de la identificación, se recurre al sistema dactipapilar, señas particulares, por prácticas técnicas por la oficina respectiva, otros medios que se juzguen oportunos, incluido el del reconocimiento por testigos, tal como lo regulan los arts. 270/274.

La identificación del imputado es de tal relevancia que todo el proceso se mueve en torno a ella, culminando con la exigida respecto de la sentencia en forma terminante (art. 399), a tal punto que si la individualización no fuere suficientemente realizada, la sentencia es nula (art. 404, inc. 1°).

3. Capacidad

Se nuclea en la capacidad mental que el sujeto pudo tener en el momento de comisión del hecho que se le atribuye; o la sobreviniente en el curso del proceso.

Respecto de la primera, por supuesto que ella es extremo del delito y, por ende, es materia de investigación. El medio para determinarla es la realización de un examen mental obligatorio, sobre cuya base será de aplicación el art. 34, inc. 1°, párrs. 2° y 3°, CPen., de donde nace la probabilidad de la aplicación de una medida de seguridad curativa (arts. 76 y 78, CPP).

Para este supuesto, durante el tiempo necesario para pronunciarse, podrá disponerse provisionalmente la internación del imputado si su estado lo

tornare peligroso para sí o para terceros. Entretanto, sus derechos de parte en el proceso serán ejercitados por sus representantes.

En forma genérica y para todos los casos, se impone examen mental obligatorio cuando el delito fuere grave y merecedor de una pena mayor de diez años de prisión; también lo es cuando, cualquiera fuere el delito y monto de pena privativa de libertad que se le pueda imponer, el imputado tenga más de 70 años o menos de 18 años, o tuviere una deficiencia como lo es la de ser sordomudo (art. 78).

Consecuencia de tal enfoque y la actividad para llevarlo a cabo en investigación, es la de que el proceso no se paraliza.

Respecto de la segunda (que la incapacidad mental sobrevenga durante el curso del proceso), por el contrario, el efecto es diferente, por cuanto ese estado debidamente comprobado suspende el curso del proceso en el estado en que se encuentre y a su respecto, sin perjuicio de averiguar el hecho, para él y respecto de los otros imputados, para quienes el proceso continúa.

4. Rebeldía

El imputado tiene obligación de estar sometido a la jurisdicción del tribunal que lo tiene bajo proceso, y, en su consecuencia, cuando se sustrae a ella, ya sea cuando injustificadamente no compareciere a la citación judicial y no acreditare que su ausencia se debió a un grave y legítimo impedimento; o se fugare del establecimiento o lugar en que estuviere detenido; o se ausentare, sin permiso del tribunal, del lugar asignado para su residencia, se declarará su rebeldía por auto fundado y se librará orden de captura (arts. 288 y 289).

Esta rebeldía puede dejarse sin efecto si después de decretada, el rebelde se presenta y acredita debida e importante causa de impedimento grave y legítimo (art. 292).

La declaración de rebeldía no suspende el curso de la instrucción.

Sí lo hace durante la etapa del juicio y con relación a él; continúa respecto de los demás que no tengan esa condición. Ya en el curso del "debate" la rebeldía lo paraliza (arts. 290 y 367).

II. Declaración del imputado

El imputado debe ser oído en el proceso; lo que puede ocurrir en dos formas:

1. Informativo - Identificatoria

a) Concepto y finalidad

Ello debe ser, en primer lugar, con una finalidad meramente informativa que se reduce a la obtención de todos sus datos personales con la finalidad de producir su identificación y hacerle saber sus derechos, en especial a la designación de un abogado defensor, el que una vez constituido como tal en el proceso, tiene el derecho de entrevistarse con el imputado una vez cumplidas las diligencias urgentes de instrucción y aún vigente la incomunicación, inmediatamente antes de someterlo a la indagatoria por el juez (arts. 74, 184, inc. 10 y 297).

b) Oportunidad y autoridad receptora

La recepción del dicho en esta forma y con ese fin se puede producir por la autoridad policial en la prevención del sumario, pero únicamente con ese alcance. No se le puede preguntar nada sobre el hecho (art. 184, inc. 10, cit.).

Excepcional y limitadamente la ley faculta a dicha autoridad prevencional, únicamente en los supuestos de flagrancia en la comisión de un delito de acción pública, para requerir del sospechoso y en el lugar del hecho noticias e indicaciones relevantes para orientar la inmediata continuación de las investigaciones. Fuera de estos estrechos límites y para todos los demás casos delictivos oficiosos, la prohibición indagatoria para la policía y fuerzas de seguridad se mantiene. Ello a punto tal que si hubiese razones de urgencia para que el imputado declare, tal indagatoria que exceda esa mera noticia e indicación sumaria de simple orientación investigativa, debe ser receptada por el juez.

Esta facultación extraordinaria otorgada a las autoridades prevencionales, fue cumplida, ampliando la letra del art. 184, incs. 9° y 10 del CPP, por la ley 25.434. La ley establece que la información así obtenida sólo sirve para orientar en lo inmediato la continuación de la investigación, por lo que manda que no debe asentarse en las actuaciones prevencionales y que carece de todo valor probatorio.

El propio imputado puede forzar el adelanto de su declaración, ya sea presentándose directamente con su abogado ante el juez instructor y pidiendo ser oído. Ya, si está detenido, pidiendo a la autoridad de prevención ser atendido urgentemente por el juez para ese efecto. Y más aún, si el juez no pudiere por cualquier motivo escucharlo de inmediato, lo debe hacer por él otro juez.

c) Situación de emergencia

Si esta declaración fuere *tomada por el juez* con las formalidades y garantías de la declaración indagatoria, ese dicho valdrá, no sólo como simple dicho, sino que, para el caso necesario, valdrá también como indagatoria con los efectos procesales que de ella se derivan.

Lo que no dice la ley es desde cuándo corre el término de diez días previstos para el caso común por el art. 306, CPP. Ello crea un problema por cuanto al depender temporal y oportunamente dicha declaración de la voluntad del imputado puede divorciarse del estado de sospecha que funda la verdadera indagatoria.

d) Garantías

1) Se garantiza bajo pena de nulidad el hecho de que el imputado tenga desde el primer momento su asistencia letrada que haga a su defensa. Para ello se le debe hacer saber que tiene ese derecho. Más aún, si el imputado está capacitado para ello puede asumir su propia defensa y el juez la aceptará si considera que esa capacidad existe y que no entorpecerá ese derecho y el trámite del proceso.

Si el imputado no hiciere uso de su derecho a la defensa, la ley impone no descuidar ésta, para lo que manda que durante la ausencia de letrado particular se le nombre defensor oficial, el que cesará cuando aquél asuma.

Resalta en la nueva ley el esfuerzo por asegurar al imputado el real y efectivo derecho de defensa en juicio. Pone el ejercicio de ella en cabeza del propio imputado para que él la lleve a cabo siempre que el juez considere que cuenta con suficientes capacidades para ello; de lo contrario le impone el nombramiento de un letrado, ya particular, ya oficial, según el caso (art. 104, CPP).

En orden a la concreción de esa garantía, la nueva ley divide los tiempos procesales, y así, en un primer momento, cuando el imputado aparece legalmente acreditado en la medida de la *sospecha* deteniéndoselo (arts. 294, 282 y 283, CPP) y hasta el acto mismo de recepción de su indagatoria, es anoticiado por la autoridad de prevención o por el juez mismo de su derecho a ser asistido por un letrado defensor particular y que si no lo ejercitare, como el Estado no lo desampara, se le nombrará uno oficial. Pero este anoticiamiento no pasa de ser tal; se lo entera de su derecho. Pero se le deja a su arbitrio el ejercitarlo o no (art. 184, última parte).

El segundo tiempo aparece concretamente en el momento del acto indagatorio mismo, pues es en él que la ley impone que si, pese a conocer su

derecho, el imputado no lo ha ejercitado, el juez tiene la obligación de nombrarle un defensor oficial, que durará en su desempeño hasta que el indagado nombre uno de su confianza privada (arts. 104 y 107, CPP).

El ordenamiento procesal custodia esta garantía también durante el trámite del "juicio", a tal punto que si quedare el reo sin defensa, se suspende el curso del debate, hasta su provisión (art. 365, inc. 4°, CPP).

Pero, a modo de avanzada en esta custodia defensiva, la ley asegura un tiempo previo a los señalados. Tiempo previo que tiene su inicio no sólo en el comienzo mismo de las actuaciones procesales instructorias, sino aún antes de ellas en sus preparatorias y cuando el que se sienta imputado futuro decida presentarse ante el juez para dar explicaciones sobre su situación e incluso acompañar o señalar probanzas para afianzar sus afirmaciones. Esta posibilidad está dividida en su regulación en dos normas: a) el art. 73 que prevé el caso de que, por imputado, se estuviere instruyendo ya un sumario, situación en la que puede presentarse de inicio, con compañía de abogado defensor; y b) el art. 279 que avanza mucho más llegando al caso de que aún esté por iniciarse un proceso, situación para la cual no demanda la presencia de letrado.

Destacamos muy especialmente que una cosa es el derecho, su anuncio y su uso real y efectivo, en uno y otro tiempo procesal, y otra también el derecho del reo —que también debe serle anoticiado— de consultar con su abogado —aun durante la incomunicación— antes de declarar en indagatoria. Son dos derechos diferentes. El ejercicio de este último tampoco es obligatorio para el indagado, quien puede someterse al acto interrogatorio sin haber consultado ni haber pedido hacerlo.

Lo interesante es que todas estas previsiones están legalmente realizadas para el llamado juicio común, para ser cumplidas en su respectiva etapa instructoria y en todos los casos entrar al juicio con su letrado defensor. Estas normas propias del juicio común, son plenamente aplicables a los procesos especiales correccional y de menores por delitos de acción pública, porque en este tema no hay modificación alguna. Diferente es el problema que presenta el juicio especial de acción privada, que trataremos aparte.

También es interesante poner de resalto que la ley procesal usa la palabra *defensor* confiriéndole una amplia validez, que se resume en *asistente jurídico activo del imputado*, cualquiera fuere el estado en que se encuentre el proceso (ver arts. 73, 104, 184, última parte, 197, 295 y 393, 1ª parte: "...*defensor del civilmente demandado*...", CPP). Respecto del imputado el *asesor jurídico* genérico adquiere la calidad de concreto "defensor" en el preciso momento en que por propuesto se lo constituye con la aceptación del cargo en los términos de ley (art. 106, CPP).

Ahora bien, en el caso concreto de los procesos especiales por delito de acción privada y muy particularmente en el de calumnias e injurias (arts. 73/76, CPen., y 415/431, CPP) la situación procesal ofrece otra coloración aun cuando el fondo del cuadro es el mismo.

El proceso especial privado no tiene etapa instructoria. Se inicia directamente en la del juicio. En ella actúa el escrito de querella como forma de inicio, como ejercicio de la acción penal, como forma de introducir al único operador acusatorio (no hay agente fiscal y en su reemplazo asume el particular ofendido), y debe llevar firma de letrado, lo que significa asistencia jurídica, ya como patrocinante, ya como apoderado (arts. 418 y 83, 1ª parte, CPP).

Pero el sujeto a quien se le enrostra el ilícito (el querellado), si bien es imputado, como sujeto procesal, jamás tendrá la calidad de procesado, por cuanto como en este juicio no hay etapa instructoria nunca se dictará en su contra auto de procesamiento. Esa característica procesal elimina la posibilidad de aplicación de todas las reglas de provisión de asistencia letrada ya analizadas. De esta manera el proceso especial por delitos de acción privada se aparta del común.

Su imputado es sólo un acusado. Es decir, aquel tipo de sujeto que en el proceso común, al arribar a la etapa de juicio ya tiene su asistencia letrada bajo la forma de "defensor", porque le fue proveída en instrucción.

Ese imputado —querellado— acusado llega al estrado judicial sin asistencia letrada. A su respecto, aun cuando la ley no prevea en particular su situación defensiva, no puede dejarse de lado la preocupación del legislador de proveer a su defensa. Por eso es que dijimos que el colorido del cuadro podrá variar, pero su tema, su dibujo, es el mismo: hay que proveer a su defensa.

Esta defensa de que hablamos la volcamos en la acepción amplia de la palabra: asistencia letrada. Ello por cuanto la ley no dice nada a este respecto y aplicar las reglas comunes es imposible porque —repetimos— no hay etapa instructoria.

El art. 104, CPP prevé que el imputado pueda asumir su propia defensa. Ahora bien, de la letra de la norma no surge que esa asunción deba hacerse previa consulta con el juez, por lo que es posible hacerlo en forma directa. De esta suerte, si asumida, el juez considera que es viable, no dice nada y todo queda regularizado. Pero si por el contrario, considerare que no tiene capacidad para ello, o que se va a entorpecer el trámite del juicio, puede coartar su presentación intimándole que nombre letrado particular o le nombrará, mientras no lo haga, el defensor oficial.

Para el caso de que el acusado en este tipo de procesos especiales de acción privada, superada la audiencia de conciliación en forma negativa, recibida la citación del art. 428 para estar a juicio, en término ofrezca su prueba o excepcione y lo haga en forma personal con patrocinio letrado, no puede negarse que en los términos de *asistencia letrada* ha visto satisfecha *su defensa* no rechazable por el juez. No tiene "defensa" en el sentido restringido del Código, pero sí tiene defensa en el sentido de garantía.

Si el juez no rechazó esa intervención letrada y no intimó en ese momento, no puede luego, por el solo formalismo de una "defensa" en los términos de las reglas comunes (no aplicables a este proceso especial), declarar la nulidad de todo lo actuado e intimar tardíamente bajo apercibimiento de nombrar defensor oficial.

Este temperamento carece de lógica y sentido común. Su núcleo oscuro está en una flagrante lesión a la economía procesal en forma inútil, porque el acusado ya actuó con ajuste a derecho, y si se le obliga a nombrar *letrado defensor* va a hacerlo en cabeza del que ya lo asistió; la repetición de la anterior presentación es total y absolutamente posible. Pierde el tiempo. Un tiempo del que no puede disponer porque sí.

2) Se incluye dentro de las garantías la de hacerle saber que puede negarse a declarar en todo o en parte, sin que ello haga presunción en su contra. Si se niega se cierra el acto, dejando constancia de esa negativa.

3) Se incluye también para atender su derecho a la defensa en juicio, el hacerle saber detalladamente cuál es el hecho que se le atribuye y cuáles son las pruebas existentes en su contra.

e) Formalidades

Fuera de las exigencias señaladas, el acto deberá reunir todas las formalidades que impone la ley para la validez de los actos procesales. La apertura del acto con lugar y fecha, nombre y apellido, estado, domicilio del declarante. Omisión de toda recepción de juramento o promesa de decir verdad; si ella figura el acto es nulo. La versión completa de los dichos que, ante el juez, excedan el mero procedimiento identificatorio, incluso los descargos y explicaciones que el imputado vierta en su dicho, está totalmente prohibida si el acto identificatorio se cumple por y ante la prevención (art. 184, inc. 9°, párr. 1°). El acto ante juez puede, pues, ser meramente identificatorio o, además, indagatorio (arts. 297/299 y 305). Cierra el acto con la lectura personal del secretario del juez, si fuere éste el receptor; o del instructor de la prevención policial si el acto se limita, ante él, a dar sólo los datos identificatorios. Ratificación de contenido o rectificaciones que se den

y firma de todos los presentes o constancia notarial del secretario de la razón por la cual el declarante *no* lo hace.

Esta forma de escuchar al imputado tiene como primordial finalidad arribar a su identificación, extremo por el cual, si el acto se produce con la aceptación del imputado, todos los datos que él proporcione serán ratificados luego por el tribunal por los medios que la ley prevé.

Pero si el imputado negare su declaración o mintiere sobre sus datos, se abre la vía de identificación *por vía de* reconocimiento de personas llevada a cabo por testigos, o por reconocimiento por medio de fotografías exhibidas a los testigos, o por vía de identificación por peritos dactilares y todo otro procedimiento científicamente aceptable que fuere positivo al efecto (arts. 74, 75, 270 y 274).

2. Declaración indagatoria

a) Concepto

La declaración indagatoria, superando a la meramente identificatoria analizada precedentemente, es el acto rodeado de formalidades protectoras de garantías constitucionales en el que se escucha exclusivamente por el juez, al imputado respecto del cual y con relación al hecho investigado ya se han reunido suficientes pruebas como para sospechar fundadamente que él es responsable por el hecho en algún grado de participación (art. 294).

Por ley 25.760 del 7 de agosto de 2003 y sólo para el caso de proceso por el delito denominado "secuestro extorsivo" (arts. 142 bis y 170 del CPen.), se faculta para recibir declaración indagatoria, además del juez, al fiscal interventor.

Su oportunidad en la instrucción se nuclea en torno al instituto de la "sospecha". Cuando hay motivos bastantes para sospechar, se procede a indagarlo.

b) Presupuesto

Así este acto procesal de ineludible realización en el proceso penal, tiene lugar cuando se da su presupuesto que es la *motivación suficiente*, fundada en las pruebas reunidas, para *sospechar* que es autor, cómplice o auxiliador del delito investigado.

Por cierto que también es presupuesto de validez de tal acto, el extremo aceptado de que se trate de persona capaz de voluntad libre de prestación. Si esa libertad no existe por tratarse de un incapaz por insuficiencia o alteración de facultades, dicho acto no puede realizarse.

c) Naturaleza jurídica

Dicho acto procesal se comporta como un medio de conocimiento y fuente de prueba para el tribunal. Ello por cuanto brinda el dicho del imputado y su explicación respecto del hecho con todas sus circunstancias de tiempo, modo, lugar y motivación, de todo lo cual el tribunal puede extraer la base para nuevas probanzas a producir. Incluso puede contener descargos del reo que justifiquen o exculpen su responsabilidad, límite este que también es fuente de conocimiento y de prueba para el instructor.

Pero ese acto también es un medio de defensa. Así, porque crea la oportunidad para que el imputado, explicando su posición ante el hecho, se defienda y se descargue ofreciendo en el mismo acto las pruebas de lo que dice y conviene.

Ese acto es el único que puede contener la confesión del imputado, como reconocimiento de responsabilidad por el hecho que se le endilga. Pero también es ese acto el que puede contener la invocación de una legítima defensa, de un estado de necesidad; de un error, de una coacción; de una excusa absolutoria y sus pruebas.

d) Normas de procedimiento y garantías del declarante

Las normas procesales que regulan la producción de este acto están todas incluidas en el orden público, por lo que cualquiera de las exigencias que fuere violada lleva a la nulidad del acto, con las consiguientes responsabilidades (art. 296).

En efecto, si bien el proceso debe consultar en todos los casos el interés colectivo de la seguridad como garantía, también debe hacerlo con la libertad del individuo sometido al proceso. El equilibrio es la única forma de preservación. Por ello, como en este acto indagatorio un hombre —una persona— está sometido a una verdadera limitación de libertad se deben aumentar todas las garantías.

Por ello la ley impone abrir el acto inmediatamente si el imputado está privado de libertad, o dentro de las veinticuatro horas a contar del momento de su detención. Pudiendo prorrogar este término sólo cuando el reo lo pida para designar defensor o cuando el tribunal por recargo de trabajo u otra causa extrema no pueda cumplir en ese lapso (art. 294).

Abierto el acto, lo primero que debe hacer el tribunal es hacerle saber: 1) que se le va a recibir declaración indagatoria y que puede negarse a prestarla en todo o en parte, sin que ello haga presunción en su contra; 2) explicarle el hecho que se le imputa y las pruebas que hay en su contra; 3) que

tiene derecho a designar, si ya no lo tuviere, letrado defensor que lo asista, y si no lo hace se le designará uno oficial.

Bajo ningún concepto se le recibirá juramento ni promesa de decir verdad.

Luego se interrogará al indagado sobre todos sus datos personales: nombres, apellido, sobrenombres, alias, filiación con indicación de nombre y apellidos de progenitores, lugar y fecha de nacimiento, profesión u ocupación, domicilios o domicilio, residencia y todo otro dato con los cuales pueda identificársele y el domicilio que constituye a los efectos del proceso.

A continuación se recibirá la versión que el declarante brinde sobre el hecho. Y las respuestas que dé con relación a las preguntas que en torno a ello se le formulen por el tribunal, por su iniciativa o a pedido del fiscal o del defensor, únicos que pueden estar presentes en el acto, fuera del juez, secretario, e intérprete en su caso.

El reo tiene derecho a dictar su declaración y respuestas, y si no lo hiciere el tribunal tiene la obligación de recoger sus dichos y vertirlos en el acta en la forma más fiel posible, incluso textualmente.

La versión del declarante tiene que ser libre, por lo que está prohibido la formulación de cargos y reconvenciones buscando su confesión. Está prohibido hacer al reo promesas, o sugerirle las respuestas. Más aún, cuando sus respuestas no concuerden con las preguntas denotando que no las entiende hay que formularlas nuevamente lo más claramente posible. Si está cansado por el tiempo transcurrido, hay que suspender hasta que el reo recupere la calma.

En fin, todo lo que haga a la espontaneidad y libertad del dicho.

Por ley 25.760 del 7 de agosto de 2003 y únicamente para el delito de "secuestro extorsivo"(arts. 142 bis y 170 del CPen.) se modifica la ley procesal, se autoriza al fiscal para que reciba la declaración indagatoria al imputado si éste no pide hacerlo ante el juez, pero tanto para uno como para otro se manda que antes de comenzar la declaración, se informe detalladamente al imputado, si correspondiese, el beneficio de disminución de la pena si informa al instructor sobre todo lo que pudiere ser útil para desbaratar el delito en el que ha intervenido como partícipe o encubridor. Por cierto que es la ley procesal la que lo permite, pero no por ello deja de ser una excepción a la prestación indagatoria de libre voluntad, por cuanto se incide sobre ella con la promesa de un posible beneficio. Prácticamente se lo determina a informar.

El acusado podrá explicar sus actos y brindar todos los descargos que tenga, debiendo asentárselos en el acta, y el juez deberá acudir a su prueba si fueren lógicos.

Concluida la indagatoria y no siendo para más, el acto se cerrará previa lectura de su constancia, que tiene obligación de producir el secretario en alta voz. Y si el reo y su defensor, luego de esa lectura, lo quisieren hacer por sí, lo harán. A continuación manifestará el inculpado si se ratifica en el dicho o si se rectifica o explica o incluye algo más. De todo lo cual se dejará constancia a continuación pero sin raspar ni enmendar nada del acta precedente. Luego ante el juez y el secretario firmarán las partes y suscribirán aquéllos.

Se completan las garantías con la información que el juez dará al imputado, haya o no prestado declaración, sobre las disposiciones legales respecto de su libertad provisional.

Rigen todo lo que antecede los arts. 295, 299 a 301 [1].

e) Oportunidad y autoridad receptora

Esta declaración indagatoria debe necesariamente prestarse en el período instructorio, y sin ella, o sin haber creado la oportunidad para ello por fijación de audiencia para el acto, aun cuando el reo se niegue a ello, el proceso no puede seguir su curso por cuanto son nulos todos los actos de los cuales ella es su presupuesto.

Por consiguiente su autoridad receptora es, en primer lugar, el juez de instrucción para cuando él la convoca, como para todas las veces que el reo quiera ampliarla voluntariamente y para ello lo pida al tribunal (art. 303).

La innovación en la nueva ley procesal es que ese acto debe producirse nuevamente con todas las garantías citadas y con las formalidades explicadas, por el "tribunal del juicio", una vez abierto el debate. Y si el imputado se niega a producirla, el tribunal ordenará la lectura de todos sus dichos anteriores (arts. 378 a 380).

Al final del juicio, sobre el cierre para sentencia, la ley nueva crea una nueva oportunidad para declarar al reo, cuya forma no puede ser sino la de la indagatoria. Ello aun cuando en definitiva sea voluntaria y un alegato por sobre el de la defensa letrada (art. 393, última parte).

III. Efectos procesales de la declaración indagatoria

a) Auto de procesamiento

En cuanto a los efectos procesales de este acto indagatorio, hay un profundo cambio introducido por la nueva ley procesal.

[1] Ver al final de este capítulo: Jurisprudencia - I. Declaración indagatoria.

En efecto, a diferencia del Código de Procedimientos en Materia Penal de 1889, el nuevo que entró en vigencia en setiembre de 1992, regula en minucia el "auto de procesamiento".

El antiguo Código no contaba con dicho auto, y por ello, para suplir esa ausencia debió considerarse, por la doctrina y jurisprudencia, que tal función la cumplía el decreto que disponía escuchar al imputado en declaración indagatoria. A partir del mismo, prestara o no dicha declaración (indagatoria material, la primera; formal, la segunda), el imputado adquiría la calidad de procesado y luego, si había acreditación suficiente de la existencia del delito e indicios vehementes de responsabilidad, se decretaba por auto fundado la prisión preventiva. Así las cosas, ésta sólo cumplía una función cautelar independiente del procesamiento mismo y ella no podía dejar de dictarse aunque sólo lo fuera por un delito en el caso de haber concurso real.

Pero en el nuevo Código la situación varió. Cuando median las sospechas fundadas de responsabilidad, se procede, como hemos visto, a indagar al reo, extremo éste que cumple la función que ya señalamos, pero que no constituye en procesado al mismo (art. 294).

Luego de ello, y dentro de los diez días de cumplido dicho acto, el juez tiene que regularizar la situación procesal del imputado indagado. Si del estudio de los elementos de juicio colectados en el proceso resulta prueba suficiente en orden a la existencia del delito y de la responsabilidad del agente, dicta el "auto de procesamiento" (art. 306).

Dicho auto debe ser fundado, con exposición clara del delito de que se trate y su calificación legal, con desarrollo de los fundamentos en que se sustenta, indicando también el nombre e individualización del procesado y los fundamentos de hecho y derecho de tal declaración de responsabilidad. Si el auto no se fundare, es nulo.

De esta suerte, el acto indagatorio en sí mismo, hoy con la reforma, sólo cumple la función (aparte de la informativa para el tribunal —base de prueba— y de defensa para el imputado) de presupuesto de validez para el dictado del "auto de procesamiento" (arts. 306 a 308).

Ese auto de procesamiento puede, a su vez, ir acompañado —*puede*, se repite— de la prisión preventiva.

En efecto, ésta no es sino una medida cautelar personal que *se impone sólo cuando el delito* de que se trate sea sancionado con una *pena privativa de libertad.*

Y dentro de este tipo de pena —que por cierto excluye las de multa e inhabilitación— se impone la procedencia de la prisión preventiva sólo para el caso de que el juez no confirme la exención de prisión que hubiere acordado anteriormente. Y además que para su juicio, conforme con el

monto de pena prevista por la ley penal y los caracteres del hecho, no fuere de aplicación la condena de ejecución condicional. Y más aún, también decretará la prisión preventiva cuando, aun siendo procedente la liberación provisional, estime que por las razones que prevé el Código, pueda deducirse que el reo en libertad tratará de sustraerse a la acción de la justicia o coartar su accionar (arts. 310, 312 y 319).

Todo ello va inserto en el auto de procesamiento.

El auto de procesamiento deviene, así, en etapa esencial del trámite procesal, a partir de la cual cambia la suerte del imputado. Pero para poder producir su dictado es necesario, además de que el reo se encuentre sometido a la jurisdicción, que se lo haya indagado previamente. Si tal recaudo falta, el auto de procesamiento es nulo (arts. 288/292 y 307).

Ahora bien, con el presente Código se viene a repetir la situación que se presentaba con el viejo en el caso de que el imputado no estuviere sometido a jurisdicción por estar fuera de sus límites territoriales (otra provincia o en el extranjero). En tal caso es necesario requerir al juez de extraña jurisdicción que capture al reo y lo remita al requirente. Éste es el trámite de extradición.

Pero para éste es recaudo legal acompañar copia del auto de procesamiento, y como él aún no ha sido dictado porque precisamente se lo requiere para oírlo y luego ver si procede el procesamiento, ese recaudo no puede cumplirse, no siendo sustituible por la sola orden de detención, porque ella es impuesta por la ley como requisito extraditatorio conjunto (art. 52, CPP).

Por ello no quedaría otra solución que una similar a la que ante igual situación se adoptaba para el Código viejo.

Ella es la de decretar la citación a declaración indagatoria, con el dictado del auto de procesamiento sin concretar materialmente la primera —indagatoria formal— aclarando en él la situación de ausencia. Pero debe incluirse todo lo que obrare en la causa sobre el hecho y todo lo que determine la presunta participación del extraditable, con las concretas calificaciones legales objetivas y subjetivas.

b) Sobreseimiento

Cuando fuera del caso analizado precedentemente y dentro de los diez días posteriores al acto indagatorio, el juez considerare que no se han reunido elementos probatorios suficientes sobre la existencia del hecho delictivo y de la responsabilidad del imputado y no hay posibilidad futura de que

ello ocurra porque la investigación está agotada, regularizará la situación procesal decretando el sobreseimiento (arts. 334/336).

c) Falta de mérito

Pero también es efecto derivado del acto indagatorio que se comporta como presupuesto, el de que, dentro de ese mismo término de diez días, si el juez por el contrario, estimare que no hay elementos de juicio suficientes para dar por acreditada la existencia del hecho y/o la responsabilidad del indagado y por sobre ello también considere que no hay elementos suficientes como para dictar el sobreseimiento, *entonces* —ni procesamiento, ni sobreseimiento— como línea intermedia pero resolviendo la situación, declara la *falta de mérito*, y si el imputado está detenido, lo pone en libertad sin perjuicio de continuar la investigación.

Ese liberado lo estará pero sometido a las condiciones que le impone el tribunal, entre ellas la fijación de un domicilio del que no podrá ausentarse sin conocimiento del tribunal. Como queda sometido a la jurisdicción del juez, cada vez que sea citado en ese domicilio debe concurrir al tribunal, y si no lo hiciere puede ordenarse su detención.

Destácase en forma terminante que la liberación a que nos referimos no es sino consecuencia de una situación procesal caracterizada por una indefinición probatoria con posibilidad de incorporar, en un poco de tiempo más, elementos que permitan una definición por el procesamiento o por el sobreseimiento.

Esta indefinición con posibilidad de futuro se encuentra legalmente urgida por el término de diez días que, a partir del acto indagatorio, tiene el juez para definir el proceso (art. 306, CPP). Mediante el instituto de la falta de mérito se concede por la ley al juez un permiso para sobrepasar esa barrera temporal en un esfuerzo por alcanzar un conocimiento definitorio. El lapso de gracia no es indefinido, sino que se encuentra sujeto al término lógico de cada caso, limitado en su extremo máximo por el término legal de la duración del sumario (art. 207, CPP).

El juez así autorizado va en pos del mérito probatorio positivo o negativo en relación al objeto procesal. Pero en esa marcha no puede supeditar la privación de libertad del imputado, la que ante la duda, debe cesar, sin perjuicio del resultado adverso a que al final pudiere arribarse. Por ello la liberación es consecuencia de la falta de mérito.

Pero, se repite, la instrucción continúa con un sumario abierto, en pleno trámite. No es admisible que se confunda la falta de mérito del nuevo Código como una forma de terminar anormalmente un sumario, disponien-

do en su consecuencia un archivo de las actuaciones. Ello implicaría revivir el viejo instituto del sobreseimiento provisional (cierre de la causa a la espera de alguna prueba que alguna vez pueda llegar).

En los primeros pasos de la nueva ley y aún hoy, hay jueces que se olvidan de lo expuesto y, fundando su duda, afirman su falta de mérito y mandan a archivar. Esa resolución es nula por estar en contra de la ley.

La nueva jurisprudencia de la cámara criminal ha declarado la improcedencia de tal archivo.

También es el acto indagatorio presupuesto necesario para que en el dictado del auto de procesamiento, además de la prisión preventiva si procede, se dicten los embargos que correspondan contra el procesado y los responsables civiles.

El auto de procesamiento, como así también el de falta de mérito, son revocables y reformables de oficio durante la instrucción.

También son apelables pero sin dejar de cumplirse.

El primero —procesamiento—, por el fiscal y el imputado y el segundo —falta de mérito—, por el fiscal y el querellante. Todos en el término de tres días y para ante la cámara de apelaciones [2].

d) Problema constitucional

Particular preocupación doctrinaria ha generado el auto de procesamiento y su presupuesto —el acto indagatorio— en cuanto ambos se alzan contra la garantía constitucional de presunción de inocencia que nuestro nuevo Código Procesal Penal de la Nación (ley 23.984), a modo de permanente presencia, ha cuidado insertar en su art. 1°: "*Nadie podrá ser... considerado culpable mientras una sentencia firme no desvirtúe la presunción de inocencia de que todo imputado goza...*".

El tema se agrava aún más cuando en dicho auto se incluye, por procedente, la imposición de la prisión preventiva y se la hace cumplir. Ello implica una privación de libertad, con miras al futuro, para asegurar en su caso, el cumplimiento de una pena de prisión que se pudiere imponer; es decir, se tiene en vista la condena futura. Y tan es pena a cuenta posible, que el art. 24, CPen. prevé la forma de computar el encierro cautelar sobre el impuesto como condena por la sentencia. Si lo condenan al reo... bueno, se descuenta; pero... ¿si lo absuelven...?

[2] Ver al final de este Capítulo: Jurisprudencia - II. Auto de procesamiento - III. Falta de mérito.

La contradicción doctrinaria se ha polarizado en torno a Alfredo Vélez Mariconde [3], que sostiene que no hay lesión constitucional, y Jorge Clariá Olmedo [4], que sostiene lo contrario.

El primero considera al "procesamiento" como "...la declaración solemne de una grave sospecha. Declaración jurisdiccional de la presunta culpabilidad del imputado como partícipe de un delito verificado concretamente". Y cierra su razonamiento sosteniendo que no hay presunción legal de culpabilidad porque ello está en contra de la presunción de inocencia. Sostiene que lo que aquí se presenta es sólo una *presunción hominis*, sospecha. Que cuando el juez ordena el procesamiento no emite más que un juicio de probabilidad acerca de los extremos fácticos y jurídicos de la imputación... juicio de probabilidad donde los elementos afirmativos deben ser francamente superiores a los negativos, de modo que basta la simple posibilidad de que concurran los extremos de la imputación...

En tanto, Jorge Clariá Olmedo asume la posición contraria en cuanto afirma la lesión constitucional. Sostiene que esa "concepción subjetiva" es inadecuada si se la enfrenta al principio de inocencia, pues "pareciera" que después del pronunciamiento (auto de procesamiento), con la significación que se le atribuye, "se hace necesaria la prueba en contra para destruir la presunta culpabilidad ya jurisdiccionalmente declarada".

Ambas posiciones son de gran relevancia y, en sus respectivos sectores, de destacada solidez.

En forma absoluta, es incuestionable que está prohibido por la Ley Fundamental avanzar por sobre la libertad de una persona antes de que ella sea condenada por sentencia firme. Por ello, hasta ese momento la cubre con la presunción jurídica de inocencia. La ley lo dice... alza una barrera en derecho. Aquí se protege la libertad.

[3] VÉLEZ MARICONDE, A., *Tratado de derecho procesal penal*, t. II, 3ª ed., actualizada por Ayán, Manuel y Cafferatta Nores, J., Lerner, Córdoba, 1981, p. 438; "Situación jurídica del imputado", *Revista de derecho procesal*, año 1, 1ª parte, ps. 105/137; año 3, 1ª parte, ps. 279/320, 276/336; año 4, 1ª parte, ps. 87/122.

[4] CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Tratado de derecho procesal penal*, Lerner, Córdoba, 1984; "Del avocamiento al procesamiento en la instrucción penal", *Revista Ibero Americana*, nro. 2, Consejo de Publicaciones del Instituto Español de derecho procesal, Madrid, 1968, ps. 211/256; "Méritos fundamentales de la instrucción penal", *Cuadernos de los Institutos*, nro. 108; CAFFERATA NORES, José - PÉREZ SIERRA, Jesús B., "Calidad de imputado y coerción personal", *Revista Comercio y Justicia*, t. XXX, Córdoba, 1980, ps. 36/39; CAFFERATA NORES, J., *El imputado*, Lerner, ps. 15/28; DE LA RÚA, F., voz: "Imputado", *Enciclopedia Jurídica Omeba;* ALMEYDA, M. A., "El imputado en la nueva legislación procesal penal o el fin de una pesadilla", JA, 1992/4/4/10.

También es verdad en la medida absoluta de la realidad humana que el derecho pretende regular, que la acumulación de elementos de juicio acreditantes de la realidad del hecho y su responsable, en su marcha finalista hacia la verdad, va abriendo etapas de creencia que el derecho no puede ignorar y que llevan a "sospechar", en grados de solidez creciente, de la culpabilidad del imputado antes de llegar a la sentencia. Esa sospecha fundante de la indagatoria y luego del auto de procesamiento lleva sólo a "estimar", pero en la realidad humana "resquebraja" la estructura presuncional jurídica; la vence la vida. Sobre esa "sospecha" —sobre esa *presunción hominis*—, sobre esa realidad vivida todos los días, surge la posibilidad de la custodia de otro bien fundamental, el de la "seguridad pública".

Tan relevante es el uno como el otro; aquí la libertad —de un individuo—, allá la seguridad de todos los individuos.

En todo momento hemos sostenido que la regulación legal del proceso penal en totalidad y en cada uno de sus actos transita sobre las garantías constitucionales, a tal punto que casi permanentemente sus reglas son de orden público. Entre las garantías públicas y las individuales, entre la seguridad pública y la libertad personal, la consulta de equilibrio es permanente. Restringe en mínimo grado necesario la una para hacer viable la protección de la otra y viceversa. Tanto en la regulación como en la aplicación está demandada permanentemente la prudencia y el respeto.

Se impone al Estado que se autolimite en el proceso y en custodia de la seguridad pública, en su función penal judicial, pruebe gradualmente la responsabilidad del imputado. Si no llega a esa acreditación, la libertad, la inocencia, es inalienable. En cambio, si la acreditación se va produciendo, es incuestionable que se resquebraja la inocencia y se tambalea, en la medida necesaria, la libertad.

Si no fuera así se iría en contra de la realidad del conocimiento gradual humano, de lo que en su avance va dejando como asentado en verdad. No sería posible el proceso y su finalidad se tornaría inalcanzable... y si lo fuera... en irrealizable.

IV. IDENTIFICACIÓN DE PERSONAS Y COSAS

a) Concepto y finalidad

Es un instituto que tiene por objeto determinar en forma concreta la persona o cosa que se incluye en la denuncia, ya como autora responsable o auxiliador, también ya como testigo y además de la cosa efecto del delito o su instrumento, que, señalada por sus caracteres, no se ha indicado en forma terminante.

En los dos casos se demanda del sujeto que debe proceder al reconocimiento de la cosa o persona por él mentadas en su denuncia o dicho un esfuerzo de atención y una descripción que ponga a resguardo creíble su concreción.

b) Respecto de las personas y de las cosas

Para ello la ley se ocupa de exigir que el sujeto que debe reconocer, en forma previa vuelva a declarar concretamente cuáles son los caracteres especiales de la persona señalada. Si la ha vuelto a ver después del hecho y cómo la encontró y con qué cambio o similitudes.

Después de ello se lo enfrenta, con mirilla o no según se determine en cada caso, a una fila de personas similares, entre las cuales se insertan el o los sujetos a reconocer, dejando constancia en acta de los nombres de cada uno de ellos y sus domicilios y el lugar que en la fila se ocupa por el sujeto o los sujetos a reconocer.

Luego se invita al reconociente a proceder, y cuando éste indique a alguien se le hace dar un paso al frente y decir su nombre. El resultado, positivo o negativo, es asentado en el acta.

Los que actúan en el reconocimiento como testigos deben prestar juramento de decir verdad. En cambio, si debiera ser hecho por el procesado, a éste no se le exigirá juramento.

Este reconocimiento que se llama también rueda de personas es el corriente. Pero también se admite el reconocimiento por vía de fotografías en álbumes de delincuentes.

Debe dejarse constancia en acta (arts. 270 a 275).

En cuanto a las cosas, las exigencias en orden a detalle anterior y posterior y su exhibición también está regulado en el nuevo Código (art. 275).

V. Circunstancias personales del imputado

El Código viejo traía una serie de exigencias médicas y psicológicas que debía cumplir el juez por intermedio de peritos médicos, que hoy han sido simplificadas.

Es obligatorio el examen médico de facultades y capacidad para delinquir, respecto de menores de menos de 18 años de edad y de mayores que excedan los 70 años. Y también lo es en los casos en que el juez estime que el procesado no está en situación mental normal.

Proyecto de ley de reforma citado (Cap. I *in fine*)

El viejo Código incluyó en su letra una forma de escuchar al imputado, que no implicaba indagatoria y que llamó *informativa*, rodeada de las mismas garantías que aquélla. Y que se daba cuando, habiendo respecto de un imputado suficientes motivos para sospechar de él, pero que no alcanzaban la jerarquía de los fundantes de la indagatoria y de su dicho explicativo podía resultar un esclarecimiento que, disipando la sospecha, lo llevara a una mejor posición procesal o al sobreseimiento, el juez lo citaba expresamente para ello.

Este instituto vino como consecuencia de que ante su ausencia primitivamente, con el propósito indicado y para evitar la indagatoria que allí implicaba procesamiento, los jueces citaban al imputado como testigo y le tomaban declaración como tal y bajo juramento, lo que fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema. La declaración informativa que se creó para subsanar el problema se extinguió en nuestro derecho positivo cuando fue derogado el viejo Código y sustituido por el actual que no cuenta con esa previsión.

El Proyecto de Reformas citado en el acápite retorna al pasado y repone dicho instituto, agregando al art. 294 después de la regulación de la indagatoria, el siguiente párrafo: "...si no existiere el estado de sospecha mencionado precedentemente y fuere preciso para la investigación conocer algún dato que sólo un imputado pueda proporcionar, el juez podrá llamarlo para que declare sin que el acto produzca los efectos de la indagatoria. En tal caso, el declarante y los abogados que lo asistan tendrán todas las garantías, facultades y deberes que este Código establece para quien es llamado a prestar declaración indagatoria y sus defensores".

Esta modificación es muy necesaria y sería loable que el legislador la convirtiera en ley.

Jurisprudencia

I. Declaración indagatoria

1) Término para recibirla: el de veinticuatro horas impuesto por el art. 294, CPP no tiene previsto para el caso de no ser respetado, incurriéndose en exceso, la sanción de nulidad, extremo por el cual la indagatoria así recibida no es nula y cumple su finalidad procesal (arts. 166, 167 y 171, inc. 3°, CPC).

Pero esa falta por parte del juez remiso es sancionable por vía disciplinaria. Por ello la sala ordenó la extracción de testimonios y su remisión a la Secretaría Especial de Cámara.

Cám. Nac. Crim., sala VII, causa 259, "UPA", rta. 22/2/1993.

2) Asistencia letrada: a) El imputado es el titular de todos los derechos relativos a su defensa (art. 295, CPP), por lo que debe ser informado de la posibilidad de con-

tar con asistencia letrada. Pero esta asistencia es facultativa..., siendo derecho del imputado declarar sin que su abogado esté presente.

El imputado debe contar con letrado defensor designado cuando presta declaración indagatoria. Y la omisión de tal designación acarrea la nulidad del acto. Pero, por cumplida, la real y efectiva consulta previa que el imputado haga con el letrado es cuestión facultativa; puede decidir contar o prescindir del asesoramiento.

Por ello es que el letrado defensor debe ser notificado de su designación en forma oportuna para que pueda ejercer el asesoramiento autorizado por la norma. Esto es mucho más estricto en los casos de designación de defensor oficial.

La notificación de la audiencia después de realizada, quitando así la oportunidad de asistencia letrada, nulifica el procedimiento en la misma forma en que lo hace la falta de designación letrada.

Tribunal Oral nro. 2, causa 107, "Piriz, Néstor", rta. 31/3/1993.

b) La omisión en el acto de la indagatoria de hacer saber al imputado que si era su deseo podía conversar con su letrado defensor antes de la realización del mismo, no dejándose tampoco constancia en el acta de que tal entrevista se haya llevado a cabo, o de que se haya renunciado a esa posibilidad, acarrea la nulidad de oficio de la declaración por violación de lo dispuesto en el art. 197, CPP y aplicando lo establecido en los arts. 167, inc. 3°; 168 y último artículo del mismo cuerpo legal.

No empece a tal invalidez la presencia del defensor particular en el acto, toda vez que se trata de garantías procesales diferentes, sin que el efectivo cumplimiento de una, permita subsanar la omisión de otra.

Tribunal Oral nro. 5, causa 18, "Linares Lacuesta, Luis G.", rta. 19/4/1993.

c) Los derechos del imputado de dialogar con su defensor antes de deponer y de que éste lo asista en el acto, presenciando el mismo, son dos garantías diferentes que no se excluyen, por lo que la obligación del juez o tribunal de informarle una de ellas, no libera de hacerle saber la otra. En consecuencia, la omisión de informar al indagado que puede dialogar con su letrado antes de deponer, nulifica el acto, sin perjuicio de que se le hayan informado sus restantes derechos.

El derecho del imputado a tomar conocimiento de todos los derechos que le asisten, conforme las normas legales que regulan lo atinente a su intervención y asistencia en el proceso, en resguardo de la garantía de rango constitucional de la defensa en juicio, constituye un derecho irrenunciable y distinto al de hacer uso de aquéllos. Obviamente, el desconocimiento de la existencia de tales garantías impide al imputado decidir sobre el ejercicio o no de las mismas, y el agravio que dicho desconocimiento cause, aunque no sea más que potencial, debe ser reparado por la primacía y relevancia jurídica que posee en nuestro ordenamiento jurídico la norma del art. 18, CN.

El silencio del abogado defensor presente en la audiencia no suple ni exime al tribunal que recibe la indagatoria de la obligación de informar al imputado que puede conversar con éste antes de declarar, pues sostener que el abogado pudo requerir la entrevista de considerarlo necesario implicaría someter aquella facultad del imputado al arbitrio de su defensor.

Tribunal Oral nro. 5, causa 11, "Vázquez, Jorge I.", rta. 7/5/1993.

d) El art. 295, CPP establece la posibilidad de asistencia del defensor al acto de la declaración indagatoria, y los arts. 298 y 299 prevén que si después del interrogatorio de identificación el imputado no se opusiera a declarar, el juez lo invitará a manifestar cuanto tenga por conveniente en descargo o aclaración de los hechos y a indicar las pruebas que estime oportunas. Esta forma de acto demuestra, claramen-

te, la posibilidad de que el imputado declare en ausencia del defensor, siempre que así lo desee.

La ley no dispone que si el defensor es nombrado en la oportunidad de la indagatoria (art. 107, CPP), el acto se interrumpa hasta que el letrado concurra o sea notificado para ejercer el supuesto derecho autónomo a participar o a contactarse con su defendido. Al contrario, la última parte del art. 294 del cuerpo citado establece que el tiempo para recibirle la declaración puede prolongarse cuando lo pidiere el imputado para designar defensor, de lo cual resulta evidente que salvo otra causal de prórroga, ésta no se produce si el encausado manifiesta desear declarar en ausencia de su letrado.

Tribunal Oral nro. 1, causa 38, "Díaz, Alejandra B.", rta. 25/2/1993.

e) No procede declarar la nulidad de la indagatoria conforme lo dispone el art. 168, párr. 2°, CPP, si no se verifica un agravio concreto a las garantías constitucionales de la parte supuestamente afectada, habida cuenta de que se le hicieron saber al imputado los derechos que le asistían, conforme lo prescriben los arts. 295 y 296, y éste se negó a declarar.

La obligación establecida por el art. 197, Código de rito, de designar al defensor oficial si el particular no ha aceptado "inmediatamente" el cargo, está impuesta para los casos en que se va a producir una verdadera declaración, porque la negativa a declarar no puede tener efectos contrarios para el encausado, y puede ser variada posteriormente.

Tribunal Oral nro. 2, causa 83, "Vergottini, R.", rta. 18/3/1993.

f) No corresponde declarar la nulidad de la indagatoria si durante el sumario de prevención se le hizo saber al imputado el hecho por el cual se hallaba detenido; el juez y secretario interviniente; su derecho a hacerse defender por abogado o defensor oficial, o personalmente; que podía dar aviso de su detención a la persona que indicara y designar defensor aun estando incomunicado, por cualquier medio; que cuando declarara ante el magistrado instructor podía estar presente su defensor y que podía abstenerse de declarar sin que su silencio implicara presunción en su contra; conforme a las prescripciones del art. 197, CPP.

El hecho de que el defensor se entreviste con el imputado antes de prestar declaración es facultativo, no hallándose establecido en forma obligatoria.

Tribunal Oral nro. 1, causa 76, "Abet, José O.", rta. 18/3/1993.

Con disidencia del doctor Vázquez Acuña: corresponde declarar la nulidad de la indagatoria y de todos los actos que son su consecuencia, debiendo volver las actuaciones al juzgado de instrucción, si no se hizo saber al imputado el derecho de poder entrevistarse con su defensor antes de prestar declaración indagatoria, por cuanto el derecho de consulta no solamente se encuentra amparado por el Código Procesal Penal, sino que también encuentra respaldo normativo en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8°, inc. d]), siendo introducido a nuestro ordenamiento por la ley 23.054.

Para que el imputado pueda optar por ese derecho de entrevista, que hace a la defensa en juicio, debe ser informado sobre tal posibilidad, entendiendo que la advertencia debe hacerse al inicio del proceso en sentido amplio —abarcando la etapa prevencional—, anoticiamiento que produce sus efectos para todo el proceso.

g) No se respetan los derechos relativos a la defensa del imputado, lo que acarrea la nulidad de oficio de la declaración indagatoria (arts. 167, inc. 3°, y 168, párr. 2°, CPP), si de las actas correspondientes no surge que se les hizo saber el derecho de

consultar previamente a dicho acto con su letrado defensor (art. 197, CPP), no existiendo tampoco constancia de que tal entrevista haya tenido lugar o que los imputados hayan considerado innecesaria la misma. Tal falencia no puede entenderse suplida por la lectura de los derechos que se realizara en sede prevencional, pues el cumplimiento de tal requisito incumbe a aquel funcionario o magistrado que tenga a su cargo alguno de aquellos actos procesales a que alude el art. 197, cit.

Tribunal Oral nro. 5, causa 1, "Okun, Mario y Cabral Renato", rta. 15/4/1993.

3) Oportunidad para asignar defensor de oficio: a) En consideración a lo establecido por los arts. 107 y 197, CPP, es indudable que no existe, con anterioridad a la indagatoria, obligación legal de asignar defensor de oficio en reemplazo del de confianza, en especial cuando en ese lapso no se practicó ningún acto definitivo e irreproducible que tornase necesaria la previa notificación a la defensa, y el imputado se había expedido negativamente cuando se lo interrogó si deseaba nombrar otro letrado al conocerse, en sede preventora, que el designado se encontraba fuera de la ciudad.

Tribunal Oral nro. 3, causa 10, "Velázquez, Hernán J.", rta. 12/5/1993.

4) Obligación de hacer saber al imputado los hechos atribuidos y las pruebas de cargo colectadas en su contra: a) Corresponde declarar la nulidad de oficio de la indagatoria, por afectar el derecho de defensa en juicio (arts. 18, CN y 168, CPP), si el imputado no fue debidamente impuesto de las pruebas que existían en su contra, y menos aún, cuáles eran las mismas, en oposición a lo establecido por el art. 298, CPP.

Tal omisión afecta el derecho de defensa del imputado, ya que siendo la declaración indagatoria la primera oportunidad para efectuar su descargo material, necesitaba saber qué constancias del sumario lo involucraban en el hecho por el que era interrogado.

Tribunal Oral nro. 5, causa 7, "Morales, Carlos", rta. 27/4/1993.

b) No es nulo el acto de indagatoria si se le informó al imputado el hecho que se le atribuía, si bien no en forma detallada, pero poniéndolo en conocimiento de los elementos de prueba, lo que le permitió en el caso hacer valer sus garantías, absteniéndose a declarar. Y ello en virtud de que las formalidades que prevé el artículo del Código Procesal Penal tienden a que la intimación que se le formula en el momento de tomar indagatoria, permita al imputado discernir el hecho antijurídico que se le atribuye para poder hacer valer su derecho de defensa.

Tribunal Oral nro. 1, causa 51, "Martínez, Sergio G.", rta. 26/2/1993.

c) Si bien en las actas labradas al celebrarse la declaración indagatoria de los imputados, se consignó que se les hizo conocer en forma detallada el hecho, corresponde declarar su nulidad por incumplimiento del art. 298, CPP si surge de su desarrollo que los imputados no fueron concretamente preguntados sobre los aspectos y circunstancias de aquél, que tengan incidencia directa en la tipificación legal. Máxime teniendo en cuenta que la original intimación fue por el delito de robo en grado de tentativa, y en el auto de procesamiento se calificó el hecho como robo agravado por su comisión en poblado y en banda, tentado, en tanto en el requerimiento de elevación a juicio se lo consideró consumado, ignorándose si tales calificaciones responden a hechos por los que los encausados tuvieron oportunidad de dar explicaciones respecto de todos su aspectos relevantes.

Tribunal Oral nro. 1, causa 223, incidente de nulidad, rta. 29/4/1993.

5) Lectura del acta indagatoria para su cierre.

Corresponde rechazar el planteo de nulidad del acta de la declaración indagatoria por no existir constancia de su lectura por parte del actuario y la imposibilidad de que el imputado la haya leído por sí, si durante el debate pudo apreciarse que éste conocía su declaración en sede instructoria, pues al escucharla no formuló observación alguna a su contenido, máxime cuando de la misma acta impugnada surge la realidad de su lectura; aunque sin aclararse quién la haya efectuado.

Tribunal Oral nro. 2, causa 48, "López, Juan P.", rta. 22/4/1993.

6) Prohibición de usar la declaración "espontánea" —art. 279, CPP— como sustituto de la declaración indagatoria: a) La presentación espontánea del art. 279, CPP al desembocar en una declaración como descargo de quien resulta imputado de delito, no puede sino traducirse en su indagatoria, pues ésta es la única posibilidad que cabe actualmente al juez para oír a quien se defiende de la imputación. De lo contrario, se compromete la economía procesal del Código, que así debe ser interpretado en este tema pues el legislador no ha previsto otra alternativa y por ser ello coherente con la finalidad de que rápidamente el magistrado resuelva la situación del imputado con arreglo a alguna de las opciones establecidas en los arts. 306, 309 o 334, CPP.

Cám. Nac. Crim., sala I, causa 359, "Estevánez, Sebastián", rta. 19/4/1993.

En igual sentido: Cám. Nac. Crim., sala I, causa 291, rta. 30/3/1993.

b) El art. 279, CPP especifica que la presentación debe ser "espontánea" y como tal no puede originarse en una citación, por ello se violan formas sustanciales del procedimiento que obligan a anular lo actuado, si el juez recibió declaración "espontánea" al imputado en tales condiciones, pues la obligación de escucharlo en indagatoria ha sido prevista como acto de defensa a favor de aquél, imponiendo al juez que se pronuncie sobre su situación en un plazo determinado (art. 306, CPP).

Cám. Nac. Crim., sala VI, causa 308, "Aviani, Claudio G.", rta. 9/3/1993.

II. Auto de procesamiento

1) Requisitos. Si el auto de procesamiento... carece de precisiones sobre el modo concreto de conducta del procesado en cada uno de los hechos, no enunciándose en forma ordenada y separadamente los elementos de comprobación que permitirían demostrarlos, resulta nulo por cuanto con dicha carencia se viola lo establecido por los arts. 308 y 347, CPP.

Tribunal Oral nro. 1, causa 94, "Silva, José M.", rta. 3/2/1993.

2) Es nulo el auto de procesamiento si no se describieron los elementos fácticos del proceder intimado, particularmente en lo relativo a la existencia de fuerza en las cosas y, en su caso, en qué consistió la misma, lo que hace que tal pieza procesal no guarde congruencia con sus antecedentes y consecuentes.

Tribunal Oral nro. 1, causa 266, incidente de nulidad, rta. 29/4/1993.

3) Análogo: Trib. Oral nro. 2, causa 215, "Budzovsky, J. E. y Lebrino, J. A.", rta. 18/5/1993.

4) a) La formalidad del procesamiento está impuesta imperativamente (art. 308, CPP) y su parte dispositiva debe ser la expresa declaración de procesar al imputado que en el cuerpo del auto respectivo se identificó, respecto del hecho descripto y estimado probable como delito y en el cual participó, citando las normas penales que lo captan como tal en el correspondiente tipo, grado, desarrollo o pluralidad. La ex-

clusión de alguno de estos requisitos haría imposible poner a cargo del imputado un delito, a los fines de que responda penalmente por él. Esto conduce a valorar, a más de la tipicidad y participación que fueron suficientes para el llamado a indagatoria, la presencia o ausencia de otras circunstancias que excluyan la acción, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad o que eximan de pena.

b) Todo ello es así por cuanto debe haber una línea de congruencia entre procesamiento y acusación, mostrada en la indispensabilidad del primero para la existencia válida del segundo y en la relativa inmutabilidad de los elementos de hecho. El motivo de la acusación debe responder al núcleo fáctico del procesamiento, aunque puedan variar las circunstancias, ampliarse algunos elementos no esenciales, o modificarse la valoración jurídica en cualquiera de sus aspectos.

c) Por ello es nulo el auto de procesamiento en el que se describen dos acciones delictivas y que *no obstante ello* en su punto dispositivo se decreta el procesamiento exclusivamente por una de ellas, sin especificarse a cuál se refiere, ni expedirse sobre el segundo, no dándose así cumplimiento al art. 308, CPP (arts. 168 y 170 del mismo cuerpo legal).

Tribunal Oral nro. 1, causa 278, "Rodríguez, Marcelo F.", rta. 26/4/1993.

5) Calificación del hecho. Cambio por la Cámara. Innecesariedad de dictar nuevo auto de procesamiento y de prisión preventiva.

Cuando el juez dicta auto de procesamiento de conformidad con lo establecido por los arts. 306 y 312, CPP, esa resolución tiene carácter provisional, lo que permite el cambio de calificación en uno u otro sentido de acuerdo con lo dispuesto por el art. 311 del mismo cuerpo legal. Por tal motivo, si la Cámara al revocar la excarcelación concedida en primera instancia entendió incorrecta la calificación adoptada en el auto de procesamiento, señalando que debía procederse a ampliar la declaración indagatoria del imputado en orden a una circunstancia calificante del hecho, no es nulo lo actuado por el juez de instrucción, que luego de proceder a la detención del imputado y ampliar sus dichos en el sentido apuntado, dispuso dar vista al fiscal para que se expida de conformidad a lo establecido por el art. 346, CPP, sin dictar previamente nuevo auto de procesamiento ni prisión preventiva, ya que tal medida resultaba sobreabundante y opuesta a los principios de economía y celeridad que impulsan el nuevo sistema procesal, *máxime* cuando el art. 333, CPP, tampoco lo exige en el caso de revocarse la excarcelación.

Tribunal Oral nro. 1, causa 147, "Ledesma, Marcelo R.", rta. 3/3/1993 con voto en disidencia del Dr. Vázquez Acuña.

Disidencia: a) Corresponde se declare la nulidad del decreto que dispuso la vista al fiscal para que se expida de conformidad a lo dispuesto por el art. 346, CPP y todo lo obrado en su consecuencia, *ya que el juez de instrucción*, luego de ampliar la intimación, debió dictar nuevo auto de procesamiento que se adecuara al nuevo hecho por el cual se lo responsabilizara, por no tratarse de un mero cambio de calificación.

El auto de procesamiento circunscribe el hecho delictuoso al cual debe ceñirse el requerimiento fiscal de elevación, pues éste no puede referirse a uno diverso. En el sistema mixto acusatorio, el juicio no puede ser abierto sin que se haya dictado auto de procesamiento, debiendo existir correlación entre éste y el *requerimiento de elevación a juicio*.

b) La detención del imputado debe legalizarse mediante el dictado de la medida cautelar de prisión preventiva, ya que no basta como título de justificación, el hecho de que el tribunal de alzada haya revocado la resolución que otorgaba la excarcelación.

6) Auto de procesamiento que mantiene detención sin dictar prisión preventiva. Nulidad.

Es nulo el pronunciamiento que, citando una disposición legal aplicable para los supuestos de procesamiento sin prisión preventiva (art. 310, CPP) mantiene a los imputados en detención, medida ésta que sólo es posible acompañándola con el dictado expreso de la prisión preventiva, de darse los supuestos del art. 312, CPP.

Cám. Nac. Crim., Cap. Fed., sala de feria, causa 301, "Biq, Miguel A. y otros", rta. 28/1/1993.

7) Necesidad de notificar el auto de procesamiento.

Siendo el auto de procesamiento el presupuesto formal del requerimiento de elevación a juicio, la ausencia de notificación a la defensa del mismo y consecuentemente su falta de firmeza, acarrea la nulidad de la vista conferida a los fines previstos por el art. 346, CPP, la mentada requisitoria y todo lo actuado en su consecuencia (arts. 168, párr. 2°, y 167, inc. 3°, CPP).

Tribunal Oral nro. 3, causa 5, "Bafaro, Ricardo R.", rta. 19/4/1993.

8) Apelación; recurso concedido al imputado. Legitimación del defensor. Auto de procesamiento.

Resulta incorrecta la denegación del recurso de apelación interpuesto por el defensor contra el auto de procesamiento sobre la base de lo dispuesto por el art. 311, CPP ya que tal norma debe interpretarse en forma armónica y lógica, complementándola con el art. 434, párr. 2°, del mismo cuerpo legal.

Cám. Crim., sala VI, causa 509 bis, "Bovyssov, Norma", rta. 11/5/1993.

Nota: el art. 311 establece que el auto de procesamiento es apelable por el imputado o el Ministerio Público, y el art. 434 señala que los recursos a favor del imputado podrán ser deducidos por él o su defensor.

III. Falta de mérito

1) Consecuencias de su dictado. Archivo. Improcedencia.

Carece de sustento legal el archivo dispuesto luego del dictado de la falta de mérito, por no resultar aplicables las hipótesis del art. 195, CPP y por tratarse de instituciones incompatibles, ya que dispuesta la falta de mérito la investigación debe continuar.

Cám. Nac. Crim., Cap. Fed., sala I, causa 451, "Salas, Hernán", rta. 21/4/1993.

2) Archivo. Nulidad: auto que lo dispone: ausencia de fundamentos. Sobreseimiento provisional: no equiparación.

El art. 195, CPP dispone que el archivo se dictará por auto y a su vez, el art. 123 manda que tanto las sentencias como los autos sean motivados, bajo pena de nulidad. Por ello, es nula por carecer de fundamentos, la decisión que ordena el archivo sobre la base de que no existen en auto elementos de prueba que permitan continuar con la investigación, máxime cuando la medida sólo procede en los casos de inexistencia de delito o de impedimentos constitucionales para proceder, y no es un remedio equiparado al antiguo sobreseimiento provisional.

Dictamen de la fiscalía nro. 3, memorial nro. 720 del 12/2/1993.

Cám. Nac. Apel. Crim., sala IV, causa 260, "Núñez, José A.", rta. 12/2/1993, remitiéndose a los fundamentos del señor fiscal de cámara, revocó el auto impugnado.

CAPÍTULO XI

MEDIOS DE PRUEBA

SUMARIO: I. Concepto de prueba: a) Finalidad y relación con el objeto procesal; b) Principio de veracidad y la prueba; c) Pruebas legales; d) Libres convicciones; e) Técnica legislativa sobre la prueba en el Código Procesal Penal de la Nación.— II. Testimonio: a) Concepto; b) Capacidad; c) Habilidad; d) Normas de procedimiento; e) Testigo protegido; f) Valoración.— III. Careo: a) Concepto; b) Caracteres; c) Procedimiento.— IV. Pericia: a) Concepto; b) Capacidad; c) Habilidad; d) Normas de procedimiento; e) Reserva impuesta a los peritos; f) Intérpretes; g) Valoración.— V. Documentos: a) Concepto; b) Clases y fuerza probatoria - Remisión; c) Adquisición y forma - oportunidad de su agregación al proceso; d) Sentencias declarativas de falsedades instrumentales.— VI. Informativa: a) Concepto; b) Procedimiento.— VII. Confesión: a) Concepto; b) Autoridad que puede recibirla; c) Simple, circunstanciada, calificada; d) Retractación; e) Valoración.— VIII. Indiciaria: a) Concepto; b) Regulación legal; c) Valoración.— IX. Prueba fotográfica, cinematográfica y electrofónica.

I. CONCEPTO DE PRUEBA

La prueba es la acreditación de la verdad de cada uno de los aspectos, circunstancias y modalidades que rodean tanto al hecho que se afirma delictivo, como al sujeto a quien se imputa responsabilidad a su respecto.

Ella opera en el proceso, que no es sino un método legalmente regulado de adquisición de conocimiento.

Este último se nuclea únicamente en torno a lo que institucionalmente se denomina "objeto procesal" y que no es sino la materia misma del proceso.

De esta manera se presenta a nuestra consideración el "objeto" de la prueba, constituido por el extremo a acreditar, ya objetivo —hecho— ya subjetivo —sujeto responsable— y las respectivas modalidades que ellos ofrecen y se enmarcan en la ley penal, fundando una aspiración punitiva.

Pero, al lado de ello se muestran también el o los "medios" de los cuales y respecto de esos extremos se puede valer el investigador para ir adquiriendo el conocimiento.

El ciclo se cierra cuando, con relación a cada punto y por los medios respectivos, se ha adquirido conocimiento con calidad de convicción, en cuanto los sujetos del proceso tienen la certeza de haber llegado a la verdad. Éste es el objeto *probado*.

a) Finalidad y relación con el objeto procesal

El fin a alcanzar es el de la verdad real o material respecto del objeto procesal. Esto crea una tajante diferencia con el proceso civil, el que se satisface con el arribo a la verdad meramente formal.

Esta última, sobre la base de la permisión a las partes del proceso respectivo de poder disponer libremente de las formas y por ellas aceptar o negar las afirmaciones de la contraria y conformar así la materia respecto de la cual se enmarcará el desarrollo de todo el proceso, se mueve en un campo, a veces, irreal. En efecto, si los hechos y sus modalidades sostenidas por el actor, son admitidas tal cual por la demandada, el ámbito fáctico del proceso queda fijado formalmente; se da por admitido; se considera alcanzada la verdad a su respecto. Lo mismo sucede con la responsabilidad enrostrada. Y no es difícil concluir que fuera por la razón por que fuera, lo cierto es que la verdad independiente del acuerdo de las partes se convierte en materia deleznable.

Por el contrario, la verdad real o material importa una independencia total de todo acuerdo entre las partes y exige que su existencia sea probada por medios ajenos a las partes mismas en un trámite cognoscitivo gradual y valorado, con aspiración de certeza.

b) Principio de veracidad y la prueba

La importancia y trascendencia en la esencia misma del proceso penal del tipo de verdad a que se aspira como finalidad específica, ha determinado la institucionalización de la misma y su introducción como principio básico del proceso penal. Nace, así, el principio de veracidad.

Éste parte del hecho de que el delito, como acontecimiento, pertenece al pasado; se aspira a reproducirlo cognoscitivamente y convertirlo en presente permanente con la finalidad de enfrentarlo a la ley y de su conjunción sacar una conclusión.

Esta actividad actualizante no difiere genéricamente de la reconstrucción histórica con aspiración de verdadera, por lo que el método que empleará será también el histórico-crítico. Pero con la especialización propia de la materia de cuya historia trata, la que, casi siempre, es más próxima y con límites más estrechos que la que ostenta la historia en general.

Así es como ese método histórico-crítico, adecuado a la exigencia del principio de veracidad que gobierna el proceso penal, aplicado por consiguiente al conocimiento de un delito, se concentra en la denominada "crítica criminal".

Su significación concreta es la de ser ciencia y arte de adquirir certidumbre en los juicios criminales.

El instrumento para obtener esa adquisición es la prueba, en la forma en que la hemos caracterizado.

Ocurre que ella, para servir a su fin, ha sido regulada, tanto en el objeto, como en los medios y valoración, en forma muy diferente, según el sistema probatorio seguido por la ley procesal penal respectiva.

c) Pruebas legales

En función de un fin permanente, cual es el de acreditar estricta y únicamente los extremos del objeto procesal, en relación de acusación, defensa, prueba y sentencia, unidas todas por un nexo concordante que es constitutivo del principio de congruencia, la ley es la que elige, regula la forma de producción y establece el valor de cada medio de prueba.

No hay libertad para el juez. Está atado por el mandato legal. Tiene que cumplir la forma acreditante y sus requisitos que la norma le impone. La ley, como si desconfiara del juez, asume la normativa en cuadros cerrados de medios de prueba y tasa el valor probatorio, positivo o negativo, de ellas, según sea lo uno y lo otro, el respeto de las formalidades a que somete a cada medio probatorio.

Éste fue el sistema a que se sometió la ley procesal penal de la Nación que rigió desde 1889 hasta 1992. Ella tiene en torno a la acreditación del cuerpo del delito, una minucia reglamentaria que exige cumplir como condición de validez; que no permite nada de libertad al juez. Esa normativa, tras las reglas generales, penetra a la minucia de cada delito, pero comete la falta de parcializarse, por cuanto lo hace para unos delitos y para el resto los omite.

Establece una nómina de medios de prueba, los pauta y los regula al detalle, asignando a cada uno el valor que debe atribuirle el juez según el respeto de las formas.

En torno a este sistema y de aquella ley, toda la doctrina y la jurisprudencia de muchos años (102 años) trataron cada punto, cada detalle y elaboraron un caudal científico, práctico y sobre todo de prudencia y sentido común, que no resulta hoy descartable.

Conviene considerar que aquel régimen no era fruto de un planteamiento arbitrario, sino que, por el contrario, constituía el resultado de un

conjunto de experiencias que si no satisfacen ya a la conciencia jurídica de la sociedad, pueden valer todavía, por lo menos, como sugerencias de particulares cautelas en el examen crítico de las pruebas.

Es verdad, por ejemplo, que dicho sistema ataba al juez a una fórmula de la que no escapaba, en cuanto decía "testigo único, testigo nulo", pero también es cierto que, eliminada hoy por la libertad de convicción, no se la podrá olvidar por completo, toda vez que, libre, el juez, cualquiera que fuere el grado de convicción que le aporte un solo testigo, sin corroboración en otra prueba, en la generalidad de los casos sería poco prudente al sustentar sobre ella una condena, cuando en verdad no dejará nunca de albergar en el fondo de su alma el sentimiento de que no pudo controlar en forma alguna el acierto o la verdad del testigo; la única corroboración, no lo olvidará nunca, fue su propia subjetividad, creyó en él... pero esa subjetividad ¿en qué se sustenta? No es prudente en el presente borrar la experiencia y prudencia seria del pasado. Como este caso, hay muchos más.

d) Libres convicciones

Este sistema no altera el núcleo del proceso. No puede llevar la libertad al objeto de prueba, por cuanto éste, como antes, sigue siendo el hecho y el imputado con todas sus circunstancias de tiempo, lugar y modo, en función de la ley penal, extremo por el cual no es posible salir a probar elementos ajenos a él.

Dentro de lo estrecho del objeto, lo que es llevado a libertad son los medios de prueba —si bien con ciertos matices limitativos— y la valoración de cada uno.

El nuevo Código no contiene una norma concreta en la que se asiente el principio de libertad de medios de prueba. Su vigencia surge:

a) *Implícitamente*, en cuanto no establece disposiciones imponiendo únicos medios idóneos para probar en algunos casos el cuerpo del delito. A la regulación que deroga, que sí lo hacía, la sustituyen reglas generales de adecuación genérica. Todas de manejo libre por el juez.

Suprimió la limitación o ineficacia de la confesión para acreditar el cuerpo del delito.

Se reafirma lo sostenido, en cuanto el Código prescribe que el juez tiene el deber de investigar todos los hechos jurídicamente relevantes (art. 194).

b) *Expresamente*, cuando dicha ley dice que el tribunal no está sujeto a las limitaciones que respecto de la prueba establece la ley civil (art. 206), como así cuanto impone la libertad de uso de todo medio técnico o científico que el juez considere de interés y buen resultado (art. 222).

Por lo demás esta forma se impone también en cuanto a la valoración de la prueba; cuando al regular la sentencia dice que el tribunal lo hará conforme a las reglas de la sana crítica (art. 398).

Esta forma no es sino un modo de la libre convicción. Ésta, como convicción no subordinada a condicionamientos, es elaborada por el juez conforme al razonamiento lógico, del cual en su sentencia expone sus fundamentos, lo que da origen a la forma: sana crítica; en tanto que si expone la conclusión pero no los fundamentos, se da la forma: sana lógica. Pero ambas son libertad.

En la regulación de los medios de prueba, afirmando en todo caso la libertad de elección por parte del juez, se ofrece una distinción en tres grupos: 1) Los que sostienen que la ley debe incluir en su letra un cuadro de pruebas, que se asienten en la comprobada efectividad y equilibrado respeto a los derechos de la defensa y acusación. Cuando una prueba no está todavía suficientemente elaborada o comprobada en respeto a las partes, no debe figurar en la ley y no figura porque no ha sido admitida; cuando ello deba ocurrir, será el legislador el que la aquilate y no el juez: no hay libertad de creación de medios. 2) Dentro de los que se insertan en la ley, o las que cualquiera fuere su fuente llegan por adecuación a insertarse en sus previsiones, el juez tiene plena libertad para elegir la prueba que estime mejor y más útil pero, de ese grupo o, como se dijo, de las adecuables a él. 3) Fuera de ellas, además, el juez tiene plena libertad para elegir el medio que, cualquiera fuere su tipo, e incluso, novedoso, estime idóneo para probar el objeto procesal.

e) Técnica legislativa sobre la prueba en el Código Procesal Penal de la Nación

En esta materia el nuevo Código, respecto del acopio de material probatorio cumplido de inicio ante la primera noticia criminal que abre el trámite instructorio, ha borrado el antiguo formalismo que rodeaba lo que se rotulaba "el cuerpo del delito" y la forma de probarlo. No se incluyen disposiciones que detallen el cuerpo del delito en cada figura delictiva; aunque detalla —como único caso— lo referente a la conducta a seguir cuando es necesario identificar un cadáver, sin entrar en la materia que corresponde a la ley sustantiva.

Legisla también todo lo que se refiere a las inspecciones judiciales, pesquisas domiciliarias y personales, con el objeto específico que a cada una de ellas les señala, rodeándolas de garantías. Regulando por ello las formas, oportunidades y recaudos de los allanamientos.

En el primer supuesto se va al lugar del hecho para constatar tanto en él como en las personas o cosas, las huellas, rastros y efectos materiales que aquél hubiere causado y, de encontrarlos, describirlos detalladamente. En caso contrario dar razón de ello —si el hecho no deja rastros o si dejándolos desaparecieron natural o voluntariamente—. Y, si los hay, secuestrar los elementos que pudieren servir de prueba.

En el segundo, teniendo noticia de la existencia de posible elemento de juicio o de destino de persona responsable, se la manda buscar al lugar en que esté.

Por ello, es que respecto de ambos, y en general, se regula el "secuestro" como forma, ordenada por el juez de aprehender, inmovilizar y conservar cosas relacionadas con el delito.

Todo este tema lo hemos tratado ya en el capítulo relativo al cuerpo del delito con las aclaraciones y análisis correspondiente, por lo que a él nos remitimos (Cap. IX).

Ello no sin antes señalar, como en esa oportunidad lo hicimos, que con estos procederes indicados por la ley, más que nada se hace acopio de material relacionado con el delito, el que en algunas oportunidades es prueba por sí, pero en muchas otras sólo es base para producirla. Sobre las huellas y rastros operará la pericial: autopsia, escopométrica, caligráfica, química, física, etc., abarcando así, homicidio, lesiones, falsificaciones, resistencia de materiales para derrumbes y estragos, etc. Sobre detalles de todo esto, con más todos los que hagan a comisión, movimiento de personas, y todo lo que fuere imaginable, se pueden expedir las personas que, estando presentes en el lugar del hecho o que lo estuvieron y fueron mandadas a comparecer y cuyos datos se recogen en el lugar por el juez o por el preventor, se fundará en definitiva la recepción de la prueba testimonial.

Ese *camino del conocimiento* de un hecho delictivo que es el proceso, se inicia en la etapa de *investigación* que es la que aborda lo, hasta ese momento, desconocido con mayor o menor grado de *misterio*. A éste aspira disiparlo logrando el *descubrimiento* y cuando lo obtiene proporciona el inicio del conocimiento.

Todo lo que es este *hallazgo* resulta de la actividad personal, directa e inmediata del juez instructor, que es el que con todas las garantías, personales y reales, sobre la materialidad del evento, conoce como *evidencia*.

La evidencia, como conocimiento, es la percepción de la realidad, con rango de certeza, que pasa con inmediatez a través de los sentidos del instructor; no necesita de interpósita persona que le narre; él es el que *conoce como juzgador*.

La ley quiere que este paso cognoscitivo lo cumpla el propio juez viendo, buscando, describiendo y secuestrando rastros, huellas y efectos del delito (inspección judicial), u obteniéndolos en otro lugar (requisa domiciliaria y personal), inmovilizando las personas (arresto o aprehensión), etc.

Todo ello sin perjuicio de que, sobre esa base, su conocimiento se enriquezca con la prueba indirecta, que es todo aquel aporte del conocimiento directo y propio de *tercero*, sean ellos personas (testigos, peritos, informes) o cosas (documentos).

Esta distinción era la base de la tradicional clasificación en *pruebas genéricas*: que son aquellos medios que dan al juez el conocimiento del objeto de prueba mediante su propia percepción; ámbito en el que se englobaba tradicionalmente esta etapa de acopio de material que se rotulaba materialidad del hecho, o cuerpo del delito. Y *pruebas específicas*: que son los medios de prueba mediante información de percepciones ajenas: informes, peritos, testigos, documentos, confesión, todas las cuales actúan como fuente mediata de comprobación y de convencimiento.

Respecto del segundo grupo es necesario hacer una distinción más. Todos los medios de prueba que allí se han citado, estén o no insertos en el nuevo Código, tienen la particularidad de referirse directamente al objeto a probar, extremo por el cual la doctrina las ha calificado de *prueba directa*. Son todos los casos en que el juez por sus constataciones empíricas pueda llegar a las proposiciones de hecho que deben servir de base a su decisión, sin tener que subordinarse para ello a otras constataciones extrañas al objeto, pero que le sirven de base para deducir de ellas la acreditación de éste; en estos casos —se repite— que son los de prueba directa, debe siempre ineludiblemente utilizarlos primero.

A esta altura es necesario poner de resalto la validez autónoma y su alcance de futuro procesal de la prueba genérica generadora de conocimiento en grado de evidencia que, por ser directa y personal del investigador, se queda con él en la etapa en que la adquirió. Como este adquirente es el instructor y él no es el que juzga, sino que lo hacen *otros* jueces, en el trámite de juicio, para ellos la evidencia personal no existe, y, por cierto, no se lo puede citar a declarar como testigo sobre su experiencia personal al juez de instrucción.

Se rompe así la vigencia de la inmediación.

Para obviar semejante discontinuidad y no perder el valor de la *evidencia* lograda por la intervención directa, se recurre por la doctrina, y también por las leyes recogiendo sus directivas, a institucionalizar en su letra una *ficción* bajo la forma de *"comprobación judicial ficta"* o *"comprobación cuasi judicial"*.

Se obliga al instructor a realizar la comprobación en todos los casos, con las mismas formas, detalles, minucia y alcances que ya se han señalado; pero también se le impone, bajo pena de nulidad e incluso sanciones, volcar todo lo que debe y va comprobando, en forma detallada, minuciosa, exacta, en un acta cuyas formas de tiempo, lugar, modo y contenido, están también impuestas bajo pena de nulidad. Esa descripción fiel de lo que comprueba debe ser lo más completa y real posible, por lo que será, también en lo posible, acompañada de croquis, planos, dibujos, fotografías, y demás ilustraciones proporcionables por las técnicas y ciencias de la investigación, con más el secuestro y total individualización de cosas y efectos vinculados al evento y que puedan ser objeto de prueba o son ya prueba en sí.

La ficción ínsita en la "comprobación cuasi judicial" o "comprobación indirecta" que estamos considerando, reside en tomar lo emergente del acta citada como percepción directa y atribuirle al tribunal que va a juzgar la evidencia que ella trasunta.

Los ojos y todos los sentidos del instructor serán, a través de esta ficción, los del tribunal y sus percepciones asentadas en el acta las propias de los jueces integrantes de este último.

De ahí la enorme importancia del acta y su regularidad.

Lo asentado en el acta debe ser en primer lugar lo percibido por el instructor en su inspección dentro de los límites de total objetividad. Todo meramente descriptivo. Todo lo que sea subjetividad y opinión del instructor es ajeno al acto.

No debe cambiar esa visión objetiva por cuanto ella y su transmisión por acta es la base del valor de la evidencia (ficta) para el juez del juicio.

Para que la ficción funcione y el ciclo se cierre es necesario que esa acta sea incorporada al debate, extremo por el cual se impone su obligatoria lectura en audiencia, toda vez que la evidencia que ella transmite tiene valor para todos los sujetos procesales. Los jueces para juzgar; las partes para sus respectivas posiciones. Por ello es que parece que el legislador nacional perdió de vista el sistema procesal vigente en su ley convirtió dicha lectura en facultativa [1].

En cambio, cuando ninguno de esos medios directos se presenta o, los que hay son insuficientes y ya no es posible el nuevo aporte de ninguno de ellos, entonces —recién entonces— es admisible el uso de los medios de prueba indirecta que es aquella que se refiere a "otro objeto", al cual se vin-

[1] Sobre este punto, doctrina que lo funda y soluciones en caso de defectos del acta, ver MORAS MOM, Jorge R., *La investigación en el proceso penal. Técnica del descubrimiento*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, ps. 66/70.

cula el objeto a probar. Es decir, este caso se da cuando el juez puede llegar en un primer tiempo sólo a establecer una proposición de hecho que en sí no es la que le sirve a efectos de su decisión. Esta prueba indirecta es la indiciaria.

A esta última el nuevo Código no hace ninguna referencia, ni siquiera tangencial (como lo hace con la documental, la confesión y la informativa), por lo que, no siendo ella deleznable, hacemos aquí esta aclaración.

Todo lo que se refiere a la regulación de la prueba genérica en el nuevo Código ya lo hemos considerado (Cap. IX), por lo que a ello nos remitimos.

Trataremos a continuación en particular, cada una de las pruebas específicas directas, para hacerlo al final con la indirecta.

II. Testimonio

a) Concepto

Es el aporte de conocimiento que hace ante el organismo jurisdiccional una persona física capaz de receptar y emitir todo lo que hubiere percibido a través de sus sentidos, relacionado con el objeto procesal por el que se le pregunta.

A través de sus sentidos el sujeto se contacta con el mundo exterior y de él percibe elementos totales o parciales de su modificación —hechos— y de su causación humana —autor— así como de todas las posibles circunstancias que los rodean. Por ello es que se convierte sobre esos extremos en fuente de conocimiento.

Sobre la base de esos sentidos es que se divide a los testigos en: a) de vista; b) de oídas. El primero como testigo directo, el segundo como indirecto, al que se le pide indique la fuente.

Pero, en realidad, esta división es insuficiente. El testigo lo es de todo lo que perciba por sus propios sentidos: ya lo que vio, lo que oyó, lo que gustó, lo que palpó, lo que soportó en orden térmico, etc., pero siempre a través de sus propios sentidos. Éste es el directo. Al otro, le contaron; es por ello que tiene que decir quién lo hizo, para poder citarlo e inquirirle, a su vez, por sus propias percepciones.

b) Capacidad

Ella se refiere a la integridad de facultades del sujeto para la fiel percepción de las sensaciones que le brinda el mundo exterior y que, a través de esa integridad, arribe a un conocimiento acorde a la realidad; todo lo cual

se completa con la integridad de facultades necesarias para transmitir, a su vez, ese conocimiento.

Así, distinguimos entre capacidad de recepción y de emisión de conocimiento.

La primera se extingue, o se afecta, por pérdida o alteración de las facultades. Pueden ser tanto las mentales, como ocurre con los insanos en general, que sienten y perciben pero no van más allá; como las orgánico-funcionales referidas a los que dicen conocer, como son los ciegos o casi ciegos, para ver; incluso el daltónico cuando se expide sobre colores; el sordo, para oír; el alérgico en mucosas nasales con pérdida de distinción de olores, etc. Todos ellos carecen de capacidad: no pueden conocer, ni, por ende, transmitir lo que no conocieron. No tienen completas, íntegras sus facultades.

La segunda —la capacidad de transmitir— se afecta cuando la patología, ya mental, ya orgánico-funcional, se asienta en la facultad de comprender lo preguntado, en la de coordinar una respuesta y la concordancia con lo que se requiere; carencia de forma de comunicación con el exterior, etc. Falta un funcionamiento integral de las facultades.

A ello se suma la carencia de discernimiento por falta de madurez, que es la que se da en los menores de edad. Lo difícil es fijar el límite de tal inmadurez. ¿Se la determinará en cada caso? ¿Se establecerá una edad fija mínima: 18 años, 14 años? El Código viejo establecía una edad mínima válida de 18 años para el testigo, en el plenario. Para el sumario no había límite, pero ello únicamente para la investigación (al solo efecto de la indagación sumaria, decía).

La ley nueva elimina toda regulación sobre este punto: declara a toda persona capaz para atestiguar. Cuando la falencia de que se trate, cualquiera que sea, se pone de manifiesto ante el juez, la propia ley deposita en éste la facultad de aceptar valor o no, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Confía en el juez; no le impone nada; operará conforme los criterios expuestos precedentemente (art. 241).

Esto es ventajoso porque el juez puede investigar libremente. La edad, en cambio, se exige por encima de 18 años para ser testigo de actuación, esto es para dar fe del acto recogido en acta. Como se exige también que en ese momento, el testigo no esté en estado de inconciencia, aunque luego se le pueda pasar o efectivamente se le pase (art. 141).

c) Habilidad

Es la que tiene todo sujeto que siendo capaz, no tiene ningún obstáculo para expresar la verdad sin sospecha de parcialidad no dolosa, fundada únicamente en razones de humanidad.

Reiteramos esto último. El testigo puede ser parcial, o lisa y llanamente no decir la verdad. Pero no por determinación dolosa; sino, incluso, sin determinación. Ello es lo que ocurre o puede ocurrir a todos los que se encuentren en un estado de intensa subordinación afectiva con las partes en el proceso. El que es amigo íntimo; el que es enemigo manifiesto; el que es acreedor o deudor; el que ha recibido grandes beneficios. Humanamente va a tender a no perjudicarlos. Todo ello se sintetiza en tener interés en la causa. Disminuye el valor del testimonio. El Código viejo dedicaba una larga enumeración de estas circunstancias y luego liberaba al juez en su apreciación, en cuanto esas circunstancias no influyeran en la verdad del dicho.

En el nuevo Código toda esa casuística desapareció. Confiando en el criterio del juez, que se nuclea en lo que hemos señalado, se reduce a decir que se le preguntará al testigo sobre vínculos de parentesco y de interés con las partes y cualquier otra circunstancia que sirva para apreciar su veracidad (art. 249). Todo lo cual será valorado según las reglas de la sana crítica (art. 241).

Casos especiales de inhabilidad son los que impone la ley a los que siendo capaces, precisamente por esas razones humanas que particulariza en cada caso, les prohíbe testimoniar; los faculta para abstenerse, o les impone el deber de abstenerse.

1) *Testigo prohibido*, es el que siendo cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano del imputado no puede declarar en contra de éste, bajo pena de nulidad. Ello así siempre que el testigo no sea la víctima, o respecto de ésta tenga un parentesco más cercano o igual que con el victimario (art. 242). Esta figura es paralela a la del denunciante de igual grado y se funda en los mismos motivos: defender la familia.

La violación de esta prohibición, produce la nulidad de la declaración testimonial (art. 242).

2) *Abstención facultativa*: es la que rige respecto de los demás parientes del imputado y para no declarar en su contra, salvo que el testigo fuere denunciante, querellante o actor civil o que el delito aparezca ejecutado en su contra, o en perjuicio de un pariente suyo de grado más cercano o igual al que lo vincula con el procesado. Igual facultad de abstención se le reconoce a sus tutores, curadores y pupilos (art. 243). Para el ejercicio de esta facultad, el juez debe al inicio del acto testifical hacerle saber al declarante que tiene ese derecho y dejar constancia de si usa o no de ella.

3) *Abstención obligatoria*: es la que se impone a determinados testigos que han entrado en conocimiento de los extremos por los que se les pregunta, en virtud del secreto que rige su función. Ese secreto ampara tanto al imputado, como, en su abstención, al testigo que se niega a declarar para no violar el secreto. El Código es amplio en cuanto señalando el origen del

conocimiento, dice: en razón del propio estado, oficio o profesión. Y así incluye a los ministros de las religiones admitidas, a los abogados, procuradores, escribanos; los médicos, farmacéuticos, parteras y demás auxiliares del arte de curar; los militares y funcionarios públicos sobre secretos de Estado.

Fuera de los sacerdotes o ministros de los cultos admitidos que no pueden ser relevados de su secreto por su estado sacerdotal, todos los demás pueden serlo por el interesado.

En esta última situación, como en la de que equivocadamente se crea cubierto por secreto que no es tal, tiene la obligación de declarar (art. 244).

El aporte de conocimiento que cumple el testigo es custodiado en su pureza, aventando toda circunstancia humana, no dolosa, que sintetizándose en tener interés en el resultado de la causa, pueda naturalmente llevarlo a empañar su dicho total o parcialmente. Claro surge ello de la letra legal comentada precedentemente.

Empero, el Código nuevo, innovando con relación al viejo, impone la obligación de testimoniar al querellante (art. 86) y al actor civil (art. 96) que son los que, precisamente, tienen más interés en el resultado de la causa.

Creemos que por antinatural, esa decisión legal no es la más acertada.

d) Normas de procedimiento

Cuando el juez estime que una persona conoce los hechos investigados y que ese conocimiento es útil para descubrir la verdad, procederá a interrogar a dicha persona bajo la forma testimonial, citándola por medio de la policía, o por carta certificada con aviso de retorno, o telegrama colacionado, en todos los casos con la advertencia de que tiene obligación de concurrir y de que si no lo hace será sancionada y, ello no obstante, será conducida por la fuerza pública (art. 154).

La citación escrita puede obviarse y cumplirse por vía oral, en el caso de suma urgencia.

Por cierto que el testigo puede presentarse en forma espontánea, de lo cual se dejará constancia.

Pero además, en algunos casos, como ser el del peligro de que el testigo se ausente, fugue u oculte, o no tenga domicilio conocido, puede ser arrestado al solo efecto de recibirle declaración y por un lapso que no puede exceder de 24 horas (arts. 239, 240, 245, 247 y 248).

La obligación de concurrir ante el juzgado a declarar, se excepciona en tres situaciones:

1) En el caso de: el presidente y vice de la Nación; los gobernadores de provincia; los ministros y legisladores nacionales y provinciales; los

miembros de los tribunales nacionales y provinciales y militares; los ministros diplomáticos y cónsules generales; los oficiales superiores de las fuerzas armadas desde el grado de coronel o su equivalente en actividad; los altos dignatarios de la Iglesia y los rectores de las universidades oficiales.

Este tratamiento especial puede ser declinado por el titular del mismo y concurrir personalmente al acto o producir la declaración por escrito, salvo el caso de que el tribunal considere necesario escucharlo personalmente, en cuyo caso el tribunal se constituirá al efecto, en su domicilio oficial (art. 250).

2) El supuesto de las personas que están físicamente impedidas, en cuyo caso el tribunal se constituirá en el domicilio de la misma, al efecto de recibirle la declaración (arts. 251 y 386).

3) En el caso de que el testigo se encuentre a gran distancia, se requerirá al juez del lugar, por vía de exhorto, que le tome declaración en el lugar, conforme el interrogatorio que se le remitirá adjunto (art. 240).

Ya en lo que hace al acto concreto de la declaración, se impone que ella se reciba por separado para cada testigo, levántandose acta que contenga todo lo que acaezca y se diga. Esta exigencia surge, en primer lugar y en forma genérica, del art. 139 que para todas las actas impone el cumplimiento de recaudos: lugar y fecha; nombre y apellido de las personas que intervengan; la indicación del tipo de diligencia que se va a cumplir.

Luego se le hará saber al compareciente que se le recibirá declaración testimonial, advirtiéndole las penas con que se castiga el falso testimonio y tomándole juramento o promesa de decir verdad. Tras ello se asentará la ya referida identificación mediante el aporte de todos sus datos personales, domicilio, profesión, estado civil, edad.

Después se le preguntará por lo que ha dado en llamarse las generales de la ley, que comprende todo lo que pueda denotar una posible parcialidad en cuanto ponga de manifiesto un interés en el resultado de la causa, extremo este último que servirá al juez para apreciar el valor del testimonio en relación a la verdad.

Recuérdese que en torno a ello gira la admisibilidad del dicho, en cuanto se vincula a la denuncia prohibida: a la abstención obligatoria y a la facultativa, aspectos estos que exigen del juez, al comenzar el acto, advertir al declarante concretamente sobre ellos (arts. 242, 243 y 244).

A continuación se preguntará todo lo que haga al hecho y responsabilidad que se investiga.

Se cierra el acta, previa lectura de la misma, con la firma de todos los intervinientes que deban hacerlo: testigos, las partes que hayan concurrido, el juez y el secretario.

Si el testigo no supiera hacerlo, o no pudiere, se dejará constancia de ello. Si fuere ciego o analfabeto, se le informará que el acta puede ser leída

y, en su caso, suscripta por una persona de su confianza, lo que se hará constar.

Toda aclaración, o nueva versión debe ser agregada al final, pero sin raspaduras o interlineados. El hacerlo produce la nulidad.

Este acto debe, por cierto, cumplirse en el tribunal. Pero cuando las personas que deban declarar no puedan concurrir al mismo por estar físicamente impedidas, serán examinadas en su domicilio o lugar de alojamiento o internación.

Todo lo que antecede está regulado, además de los arts. 138 y 139, por los arts. 249, 251, 386, 252, 390.

Estas disposiciones que rigen el testimonio, se particularizan y en parte se especializan para cuando esta prueba deba producirse en la etapa del juicio, en el momento del debate.

Los testigos que ya han declarado en la instrucción pueden ser obviados en su presencia en el debate, cuando las partes de común acuerdo y conformidad del tribunal, digan que se conforman con la lectura de sus declaraciones.

Pero cuando se trate de testigos nuevos, aparte de todos los datos exigidos y ya analizados, se impone, bajo pena de inadmisibilidad, que se expresen los hechos sobre los cuales serán examinados.

No hay límite para el número de testigos, pero sí una recomendación de que se lo reduzca en la mayor forma posible, para lo cual el Código sugiere que se ofrezcan los que más amplio conocimiento tienen sobre los hechos (art. 355).

En el debate, el examen de cada testigo por separado, previa incomunicación entre ellos, y aislamiento de modo que no puedan ver, oír o ser informados de lo que ocurre en la sala de audiencias será llevado a cabo por el presidente del tribunal. Pueden los otros jueces de éste preguntar al testigo en forma directa. Y con la venia del presidente en el momento en que éste considere oportuno, el fiscal y las partes y sus representantes formularán preguntas, las que serán rechazadas por el presidente si las considerara inadmisibles. Este rechazo puede ser recurrido en el acto mismo e inmediatamente para ante el tribunal en pleno.

Durante el acto se le podrán exhibir al testigo todos los elementos de convicción que hubieran sido secuestrados y se le invitará a reconocerlos y a declarar lo que fuere pertinente.

Luego de cada declaración, siguiendo el debate, el presidente resolverá si el testigo saliente debe permanecer incomunicado o no, por si fuere necesaria una nueva declaración ya como aclaratoria de sus dichos, ya como careo con algún otro contradictor exponente en la misma audiencia.

Rigen en esta parte los arts. 355, 384, 386 y 397.

e) Testigo protegido

El testimonio, institucionalizado como elemento de prueba, demandó ser rodeado de formas que aseguraran la seriedad y consiguiente responsabilidad en su prestación ajustada a la verdad, garantizando todo el valor de su contenido. La realidad mostró que, ello no obstante, la falsedad podía deslizarse, ya voluntariamente en cuyo caso fue erigida en delito, ya por un fuerte y grave compromiso de parentesco, afecto, odio y otros sometimientos morales humanamente atendibles, circunstancia que se debió tener en cuenta para valorar el dicho.

Pero a todo ello, como elemento distorsionador de la verdad, se sumó, luego, el miedo a represalias en contra del testigo y/o de su familia, extremo por el cual el que conocía algo sobre el delito, o guardaba silencio o alteraba la verdad. La situación era humanamente atendible. Pero no se puede perder el testigo para el proceso y su finalidad; mas no se puede exponer a la persona y su familia.

La primera forma vigente como realidad hasta después de la Primera Guerra Mundial y en nuestro país hasta la década del 50 —más o menos—, con una delincuencia simple en su organización, medios, estrategias, etc., impuso en las leyes las formas que comentamos. El testigo no estaba sometido a amenazas por lo que no tenía normalmente que tener miedo.

Pero como ya lo expusimos en el Capítulo IX —punto III—, de modo cada vez más agravado y hasta nuestros días, la complejidad de la delincuencia, en muchas de sus formas más agudas, se ha ido agravando a tal punto que el Estado para combatirla ha debido adoptar, ineludiblemente, una serie de instituciones investigativas nuevas que acercan en mucho al cuadro de las instituciones de guerra (inteligencia —agente encubierto— arrepentido, simulaciones en el tráfico, etc.). Esa complejidad es la que ha dado origen a lo que hoy se llama "delincuencia asociada organizada", cuyo rasgo sobresaliente puede sintetizarse en: barbarie, destrucción, sadismo y subalternización material y espiritual de todo aquello que se puede oponer a la consecución de sus fines delictivos.

Entre esos medios se destaca la amenaza y presiones de toda índole, incluido el compromiso de vida e integridad física, tanto personal como de su familia, al testigo que pueda declarar en su contra.

En su esfuerzo por equilibrar la situación, el Estado, que no puede renunciar al aporte testimonial, ha instituido la protección integral del testigo y su familia.

Tal protección se brinda por varias vías, entre las que en primer lugar figura el anonimato de su nombre y datos personales, con la finalidad de

que no se lo pueda individualizar, ni a él ni a su grupo familiar. O actúa con un nombre supuesto, guardando en secreto, el tribunal, el verdadero; o niega la vista del proceso instructorio; lo hace declarar en audiencia secreta para que físicamente no sea conocido. Pero no escapa al criterio más elemental que tal comportamiento es lesivo de la garantía de defensa en juicio, por lo que el testigo en algún momento deberá concurrir a juicio público y someterse al debate. Por ello es que se puede concluir que la protección está dada, en este aspecto, durante la investigación instructoria, pero no debe llegar al juicio.

Teniendo en cuenta esta etapa del proceso y la necesidad de llevar al testigo al debate, la vía de protección, aun cuando el testigo declare en audiencia no pública, no se lo podrá sustraer de su presencia ante la parte acusada, por lo que la custodia de su integridad debe ser física. Extremo este último que puede llegar, luego, a un cambio de identidad, trabajo y lugar conocido de vivienda, para él y toda su familia.

Encarar esta situación es muy difícil, pero ello no obstante la enfrentó nuestro nuevo Código Procesal Penal nacional, en su art. 79, estableciendo: "Desde el inicio de un proceso penal y hasta su finalización, el Estado nacional garantizará a las víctimas de un delito y a los testigos convocados a la causa por un órgano judicial el pleno respeto de los siguientes derechos: ...c) a la protección de la integridad física y moral, inclusive de su familia...".

Si bien no establecía los modos de esa protección y los dejaba a criterio del juez en lo que hace a su determinación y al de la autoridad administrativa su ejecución, es de destacar que, luego en el año 1994, al dictarse la ley 24.424 ampliatoria de la 23.737, de represión del narcotráfico, se incluyó como nueva previsión de ésta, la del art. 33 bis, que reza: "Cuando las circunstancias del caso hicieren presumir fundadamente un peligro cierto para la vida o la integridad física de un testigo..., el tribunal deberá disponer las medidas especiales de protección que resulten adecuadas. Éstas podrán incluso consistir en la sustitución de la identidad del testigo... y en la provisión de los recursos económicos indispensables para el cambio de domicilio y de ocupación, si fuesen necesarias. La gestión que corresponda quedará a cargo del Ministerio de Justicia de la Nación".

Ambas previsiones legales, vigentes para la Nación, cubren así con amplitud el problema de la seguridad de los testigos. Lo que es imperioso es que se cree un Fondo Nacional para tal protección, con partida propia en el presupuesto, y que se acuerde administrativamente la preponderancia y dedicación que el tema demanda.

f) Valoración

Regula este punto el sistema de las libres convicciones bajo su forma de la sana crítica, instituido por el Código para todo su régimen probatorio, y cuya explicación ya ha sido precedentemente formulada y a la cual nos remitimos.

Creemos oportuno reiterar aquí lo que ya dijimos: el cambio de sistema no debe implicar echar por la borda toda la doctrina y jurisprudencia elaboradas con relación a ésta y las otras pruebas, en todo lo que tenga de utilidad para fundar un juicio lógico, prudente y adecuado no sólo a la realidad del proceso, sino a la de la vida.

III. CAREO

a) Concepto

Es el procedimiento instituido por la ley procesal para clarificar los dichos contradictorios vertidos en el proceso con relación al mismo hecho o por sus circunstancias y responsables investigados, con la aspiración de obtener una versión única y armónica que lleve claridad al conocimiento que se va obteniendo en el curso del proceso. La unificación de las versiones no es obligatoria; cada uno de los contradictores puede mantenerse en sus dichos, según estimen verdaderas o convenientes sus respectivas posiciones.

Esto último demanda una explicación. Los contradictores pueden ser dos testigos; o dos procesados; o un testigo y un procesado. Los testigos declaran bajo juramento de decir verdad; tienen la obligación de decir verdad. Si no coinciden, dejando de lado la falacia que los guíe a ello, puede darse el caso de que sobre una errónea percepción esté convencido de la verdad de su dicho. En este último supuesto, el enfrentamiento con el otro y las reconvenciones que se hagan recíprocamente pueden disipar su error y conducirlos a la coincidencia. Puede darse el caso también de que la falacia se deponga o se manifieste, en cuya situación se habrá logrado también el fin propuesto por el careo.

Si por el contrario, se tratare de dos procesados o de un procesado y un testigo, este último, obligado por su juramento de decir verdad puede, ello no obstante, corregir, como ya lo señalamos, su error y coincidir con lo sostenido por el procesado. En cambio la posición del procesado, amparado por el derecho al silencio o a mentir, puede ser verdadera en cuyo caso se da lo que acabamos de decir; o ser falsa que es cuando se da la "conveniencia" de que ha-

blamos al inicio. Pero su mentira puede ser desnudada por la firmeza del testigo o del coprocesado que, en el caso, sean sus contradictores.

Disponer la realización del careo es facultativo del juez, que lo decretará cuando la discrepancia se presente con ribetes importantes, o cuando lo estime de utilidad para la investigación.

Por cierto que también es un derecho del imputado, que podría solicitarlo y el juez proveerá en forma positiva o negativa según la verdad y relevancia de la contradicción invocada por el peticionante (art. 276).

b) Caracteres

El careo, por lo dicho, es un acto complementario de aquel o aquellos en que se manifiestan las discrepancias. Por ello es declaración testimonial y se somete a su regulación legal cuando el que declara es un testigo o cuando ambos lo son.

Y cuando uno o ambos cocareados son procesados, el carácter del acto es el de la indagatoria y está rodeado de todas las garantías instituidas a su respecto (art. 277).

c) Procedimiento

El careo puede darse entre personas presentes en el mismo acto ante el mismo juez; o, excepcionalmente, entre una presente ante él y la otra ausente, radicada en extraño distrito judicial, lo que obliga a que una mitad se produzca ante uno y la otra ante otro.

Este último supuesto es el que se nomina: "medio careo". Supone, por cierto, la existencia de versiones discrepantes y, en su consecuencia, dos personas. Lejos una de otra pero siempre dos personas.

Por ello es que resulta poco feliz la afirmación del art. 278, en cuanto a que "el careo se verificará por regla general entre dos personas". Siempre será, se repite, entre dos personas. Si no es así no hay careo.

Lo que ocurre es que el nuevo Código no legisla sobre el medio careo o careo a distancia, por lo que la redacción criticada parecería apuntar, sin regularlo, a esa posibilidad. Esta laguna legal obliga a echar mano a la doctrina y jurisprudencia emitidas sobre la regulación de este instituto en el Código viejo, por cuanto ella resulta positiva y no contradictoria de la letra actual.

Así, en este caso, el juez cita al expositor que está en su jurisdicción, le impone de su dicho leyéndoselo y también por lectura le impone de la contradicción entre él y otro expositor y luego lo insta a que aclare su ver-

sión. Si esto ocurre y se produce la coincidencia, el acto terminó. Pero, si el presente se mantiene y, por ende, se mantiene la contradicción, el juez testimoniará todo el acto, las versiones de ambos y por exhorto se dirigirá al juez con competencia en el lugar de radicación del otro expositor y le rogará repita allí el acto ya narrado. Puede darse el caso de que se produzca la coincidencia buscada o que cada uno se mantenga en su postura. En ambos supuestos el acto termina.

El careo *siempre, sin excepción alguna*, se realiza entre dos personas.

Cuando éstas, que es lo que comúnmente acontece, se encuentran ambas presentes ante el tribunal abierto el acto y prestados los juramentos en su caso, y explicado el motivo del procedimiento, se les leerán, en lo pertinente, las declaraciones que se reputen contradictorias y se llamará la atención de los careados sobre las discrepancias, a fin de que se reconvengan o traten de ponerse de acuerdo. De la ratificación o rectificación que resulte se dejará constancia, así como de las reconvenciones que se hagan los careados y de cuanto en el acto ocurra (art. 278).

Éste es un acto en el que, fuera de la policía procesal que el tribunal debe ejercer para evitar desbordes, el rol total está a cargo de los convocados. Bajo ninguna circunstancia el juez debe terciar, preguntando él o aclarando las recíprocas versiones, porque si así lo hiciere el acto deja de ser careo y, desnaturalizado, se convierte ya en una testimonial con control o, lo que es peor, en una indagatoria con presencia extraña, con presión y cargos y reconvenciones sobre el indagado, todo lo cual está prohibido por ser lesivo de las garantías constitucionales.

Ésa es la razón última por la cual el art. 278 cierra su letra con la imposición de que "*...no se hará referencia a las impresiones del juez acerca de la actitud de los careados*".

IV. PERICIA

a) Concepto

La prueba pericial es el aporte de conocimiento que en el proceso, y respecto de ambos extremos de su objeto o de alguna o algunas de sus circunstancias, producen personas que poseen capacidades científicas, artísticas o técnicas especializadas, indispensables para poder conocerlos o apreciarlos.

No sólo conocer, sino también apreciar el verdadero alcance y valor demostrativo de huellas, rastros, efectos materiales del delito y todo lo que se comporte como vinculado al mismo, incluso asentado en documentos,

colaborando desde el momento mismo del inicio de la investigación en las inspecciones judiciales, pesquisas domiciliarias y personales, reconstrucciones del hecho, y asesorando sobre la necesidad de un secuestro (arts. 218 y 222).

Después de esa verdadera avanzada que es la acreditación del cuerpo del delito y toda la actividad que ello implica, comienza a depurarse el material secuestrado y el perito desentraña de los mismos, con sus conocimientos especializados, lo que ellos son capaces de demostrar. En todo el curso del proceso ve lo que los ojos comunes no son capaces de ver. Sobre el cadáver, la causa de la muerte; la relación de ésta con la actividad enrostrada al imputado. Sobre el documento secuestrado, su autenticidad o su falsificación, y la vinculación con el quehacer del procesado. Y así desfilan a través del conocimiento especializado, la calidad de drogas en la investigación de estupefacientes; los estudios contables en las defraudaciones, estafas y quiebras, etc. (arts. 253, 268, 355, 383 y 397).

Esta forma de conocer y transmitir, como aporte al proceso, en el sentido amplio es igual que la del testigo. La diferencia entre ambos está en que este último percibió y conoció antes del proceso y transmite durante el mismo; en tanto que el perito conoce después del hecho, también durante el proceso. Es ésta la razón por la que al perito se lo llama testigo *ex post facto*, lo cual determina que el perito, en lo que sea aplicable, se regule supletoriamente por las reglas del testimonio.

El manejo de la facultad de decretar la producción de pericia por parte del juez, sobre todo en la instrucción, debe ser muy prudente. En el anterior Código la pericia se imponía cuando las circunstancias demandantes de conocimientos especializados se encontraban dadas; en cambio en el nuevo Código es facultativa esa posibilidad. En la apreciación de los extremos condicionantes el juez, en todo el curso del proceso, debe partir del principio de que todo lo que escape a la apreciación común (la suya propia, la de otros jueces de otras instancias y la de las partes) determina necesariamente la realización de pericia. Carece de toda relevancia que el juez o alguna de las partes tengan el conocimiento especializado, porque los que tienen que "ver" y "conocer" "apreciar" son todos los que intervengan en el proceso y también todos los que se asomen a él, como es el público en general que garantiza este nuevo juicio "oral y público" (art. 363).

De esta manera, cuando se demande especialización apreciativa que se funde en conocimientos ajenos a la profesión misma de abogado (ya juez, ya parte), la facultad que tratamos, se convierte en obligación.

b) Capacidad

Por supuesto que a este testigo *ex post facto* se le exigen las mismas capacidades para receptar conocimiento y transmitirlo que las que se imponen al testigo, razón por la cual la ley en su art. 255 dice que no podrán ser peritos los incapaces. Para el tratamiento de este tópico nos remitimos a lo ya dicho respecto de los testigos (este cap. II b).

Pero la capacidad común para ser perito debe ser completada con la plena y acreditada posesión de conocimientos especiales.

Por ello es que se exige que los peritos tengan título de tales en la materia a que pertenezca el punto sobre el que se han de expedir (art. 254): "Si no estuviere reglamentada la profesión, o no hubiere peritos diplomados o inscriptos, deberá designarse a persona de conocimiento o práctica reconocidos".

c) Habilidad

El capaz debe, a su vez, cumplir una serie de condiciones para poder desempeñarse; estar habilitado para peritar. La primera de ellas es que aparte de tener título se encuentre inscripto en las listas de peritos que deben confeccionar y mantener los tribunales superintendentes (Cám. de Apel.). De los que figuran en esas listas y por el orden que la reglamentación establezca, se designarán los peritos para cada caso. Todo ello será tratado en acordadas especiales (art. 4°). Las sanciones que por irregularidades en su desempeño se impongan al perito determinan la baja de tal registro, lo cual le impedirá ser designado en el futuro.

Carecen también de habilidad los que poseyendo el título y habiendo estado registrados, fueran condenados o inhabilitados por delito o infracción profesional.

Son inhábiles, también, los peritos que, a similitud con los testigos, por aplicación de las mismas reglas (arts. 242, 243 y 244) deban o puedan abstenerse de declarar. También pierde la habilidad el perito que es citado a deponer en el mismo proceso como testigo (art. 255).

La declaración de inhabilidad puede ser provocada por actividad de parte, sin perjuicio de que el mismo perito invoque su situación. Todo ello da origen a la recusación o excusación del mismo, cuya regulación procesal y trámite incidental está prevista en el art. 256.

Lo que antecede rige para ser designado como perito de parte en cada proceso; la parte propone la prueba pericial y de esa lista el tribunal nombra

a quien debe cumplirla. En todos estos casos el perito designado debe prestar juramento de buen desempeño (art. 257) al aceptar el cargo.

Aparte de ellos existen los llamados "peritos oficiales" que son los que forman parte del personal administrativo de las respectivas reparticiones judiciales. Están a sueldo del Estado y prestan su juramento general de buen desempeño en su cargo, por lo que no tienen que volver a prestarlo en los casos procesales en que son designados. Éstos son si la pericia se decreta por iniciativa del juez, o se estima necesario que a la solicitada por las partes se la complete por el tribunal, designa oficialmente el órgano jurisdiccional. En el caso de que no hubiere peritos oficiales de esa especialidad, el juez nombrará al empleado público de la administración general que por su trabajo, función o gestión tenga conocimientos prácticos sobre el punto a peritar.

d) Normas de procedimiento

En el supuesto de que el juez lo considere procedente, de oficio designará entre los peritos oficiales uno, en la generalidad de los casos, pudiendo aumentar el número según su criterio. Esa resolución debe ser notificada a las partes en el proceso antes de que los oficiales comiencen sus operaciones y aquéllas tienen el derecho, dentro de los tres días de notificados, de proponer perito de su parte, pero éstos deben ser nombrados por el juez de la lista-registro a que nos referimos anteriormente.

Si no se notifica en tiempo, la pericia es nula, salvo que se trate de casos de poca importancia o muy urgentes, situación en la que la notificación se produce después, pero creando oportunidad para que dentro de los tres días de notificadas las partes puedan impugnar la pericia con sus propios peritos, o pedir nueva pericia (arts. 258 y 259).

Constituidos los peritos, la pericia será dirigida por el juez que es el que fija los puntos sobre los que habrán de expedirse, el plazo en que deben hacerlo y si lo estima necesario, asistirá a las operaciones. Para que el trabajo se realice el juez pondrá a disposición de los peritos el material secuestrado para peritar y les mandará no agotarlo y reservar parte para el caso de nueva pericia; con la obligación de que si no fuere suficiente, antes de proceder consulten y pidan permiso al tribunal. El perito con autorización judicial puede consultar las constancias del proceso, e incluso asistir a actos procesales en la instrucción y en el debate (arts. 260, 261 y 383).

En lo que hace a la realización de la pericia, se obliga a los peritos a que practiquen unidos el examen, deliberen en sesión secreta, a la que sólo puede asistir el juez, y si estuvieren de acuerdo redacten un informe en co-

mún. Si no lo estuvieren, cada uno hará su informe y la conclusión será concretada por mayoría de votos.

Si no se pusieren de acuerdo y no se arribara a una mayoría, el juez podrá designar más peritos. Ellos, estudiando los informes ya producidos, informarán sobre sus respectivos méritos, y según su apoyo a uno o a otro producirán la mayoría necesaria. En el caso necesario, se repetirá la pericia (art. 262).

El dictamen pericial podrá expedirse por informe escrito o hacerse constar en acta y comprenderá, en cuanto fuere posible: 1) la descripción de las personas, lugares, cosas o hechos examinados en las condiciones en que hubieren sido hallados; 2) una relación detallada de las operaciones practicadas y sus resultados; 3) las conclusiones que formulen los peritos conforme a los principios de su ciencia, arte o técnica; 4) lugar y fecha en que se practicaron las operaciones (art. 263).

El Código prevé situaciones especiales.

Una de ellas es la que se presenta con ocasión de las muertes violentas o sospechosas de criminalidad, en las que por inspección exterior no resultare en forma evidente la causa de la muerte, en cuyo caso debe ordenarse la pericia médica de autopsia (art. 264).

El otro se da cuando se sospecha o investiga la autenticidad de un documento, incluso tachado de falso e instruido el sumario por el delito de falsificación. Ello supone que el documento está agregado al proceso, ya sea por secuestro o por presentación de las partes. En estos casos lo primero que se impone es procurar la agregación al proceso de escrituras de cotejo. Para ello se ordenará la presentación al tribunal de protocolos notariales donde dichas escrituras se encuentren, o la remisión oficial de documentos de archivo. Reciben preferencia estos documentos públicos por cuanto llevan en sí la garantía de autenticidad. Pero pueden admitirse documentos privados cuando no hubiere duda alguna de que son auténticos. Cuando fuere necesario se procederá al secuestro de ellos.

Esos documentos dubitados y los indubitados les serán entregados a los peritos para que en su trabajo realicen la comparación correspondiente, y si es necesario, por el tipo de falsificación y la determinación de la autoría de ella, a pedido de peritos o por iniciativa oficial, se hará confeccionar al imputado, en su indagatoria, un cuerpo de escritura manuscrita con distintos elementos escriturarios (lápiz, lapicera, bolígrafo, etc.) que servirá luego para cotejo de rasgos y factura y los estudios concretos. El procesado amparado por la garantía de silencio puede negarse a confeccionar el cuerpo de escritura (art. 265).

e) Reserva impuesta a los peritos

Un problema serio que deberá resolver en su momento la jurisprudencia es el que presenta el mandato legal (art. 266) que impone al perito guardar reserva de todo cuanto conociere con motivo de su actuación.

1) El perito que se mueve dentro de los límites que le han sido fijados por el tribunal y responde cada punto de la pericia, debe ineludiblemente narrar detalladamente todas las operaciones practicadas y sus resultados y sobre ello arribar a una conclusión (art. 263, incs. 2° y 3°). Si no lo hace, la pericia es nula y, por otra parte, la prueba es inocua.

Dentro de esa operatoria el perito toma un conocimiento que no puede guardar para sí; debe exponerlo. Lo que conoce no lo hace bajo el secreto profesional, sino en función oficial específica de investigación. Cumple un deber legal, lo cual constituye causa de justificación (art. 34, inc. 4°, CPen.).

2) Imponerle un secreto de tal calibre es desnaturalizar la función del perito como prueba y atacar la garantía de defensa, por cuanto una conclusión con reserva de sus fundamentos impide a las partes conocer e impugnar el acierto pericial. Este secreto borra el derecho acordado a las partes por los arts. 383 y 389, en cuanto en el debate el perito debe responder bajo juramento a las preguntas que les sean formuladas por el tribunal y por aquéllas.

La explicación de tal mandato legal sólo puede encontrarse respecto de todo conocimiento adquirido por vía de la actuación pericial, que resulte inocuo, superfluo o sustituible por otro. Divulgarlo es hacer daño sin fundamento alguno. Eso sería lo prohibido.

f) Intérpretes

No son sino peritos. Conocen una especialidad concreta que es el idioma nacional con que se debe actuar en el proceso (art. 114) y el idioma del sujeto que concurre a éste a declarar y no sabe nuestra lengua, extremo por el cual no se le puede preguntar, ni entender lo que responde o dice. Esa función de enlace la cumple el intérprete.

También cumple su función pericial cuando traduce documentos escritos en idioma diferente al nuestro. Se agrega el documento extranjero junto con su traducción, rubricado y firmado por el perito. En cuanto traduzca la versión oral del declarante, puede éste agregar además su versión escrita y será ésta la que traduzca el intérprete.

Los hay diplomados en cursos oficiales de traductores públicos y también sin título. Rigen respecto de todos ellos todas las disposiciones establecidas por la ley respecto de los peritos (arts. 268 y 269).

g) Valoración

Rigen, por cierto, las reglas de la sana crítica (art. 263, última parte).

Éste es uno de los puntos en los cuales tiene vigencia lo que sostuvimos sobre el valor de la doctrina y jurisprudencia atesorada a través de muchos años respecto del Código viejo.

La fórmula de valoración de las pericias empleadas por éste era de sana crítica. Recomendaba tener en cuenta la calidad científica de los peritos; la calidad de sus argumentos y en especial la concordancia de sus argumentos con las constancias probadas en el proceso. Es decir: ciencia sí, pero aplicada al caso y además manejada con lógica.

Creemos que con la nueva ley, apartarse de esa base y eludir todo lo que con ella se haya elaborado, sería improcedente.

V. Documentos

a) Concepto

La prueba documental, en lo que a nuestro tema interesa, es el aporte de conocimiento al proceso con relación a la materia investigada, emergente de cosas u objetos materiales aptos para conservar y transmitir expresiones de la voluntad humana.

Este concepto luce claramente en las normas reguladoras del procedimiento en el juicio especial por delitos de acción privada, las que imponen que con el escrito de querella se acompañe la prueba documental acreditante de los hechos invocados; y especialmente aquellos en los que se hubiere vertido la calumnia o injuria. Todos ellos son evidentes formas materiales y permanentes de verter una expresión de voluntad misma, la constitutiva de prueba.

En tanto que también es cabal demostración de todo lo dicho el documento que se impugna de falso, en cuanto él, como materialidad, muestra también una voluntad; pero en este caso esa voluntad no es la acreditante, sino que el documento continente es objeto de prueba, y él y la pericia que se realice serán prueba de que la voluntad en él expresada es falsa, en tanto que es verdadera la que guió su factura apócrifa.

Por cierto que en la ley procesal hay otras previsiones respecto de documentos. Luego las consideraremos. Sólo se aspiró en este punto a corroborar lo dicho en el concepto.

b) Clases y fuerza probatoria - Remisión

Jurídicamente considerados los documentos admiten su distinción en dos clases rotuladas ambas como instrumentos: 1) públicos; 2) privados.

Los primeros, rodeados de formalidades por la ley y encontrando en ellas suficientes garantías de autenticidad, hacen plena fe, a menos que sean enervados por otras pruebas.

Los segundos, en tanto, no tienen esa potencia acreditante inserta en su propia esencia, sino que sólo la adquieren cuando son reconocidos en su firma y texto por el firmante y en su contra. Esta carencia de fe propia determina que en sede penal rijan también los medios de prueba establecidos en materia civil para la comprobación de los documentos privados, en cuanto no estén limitados o en oposición con lo que se determina en nuestro Código Procesal Penal.

De lo que antecede resulta que la consideración de cada tipo de instrumento, sus formas, su valor probatorio y las exigencias a este respecto, en tanto no entren en pugna con el objeto y finalidad del proceso penal, imponen una remisión a la legislación específica: 1) fondo, ley civil, comercial, administrativa, especial; 2) forma, sus respectivas leyes procesales.

c) Adquisición y forma - oportunidad de su agregación al proceso

1) De lo dicho precedentemente resulta que el documento puede ser acreditante de los extremos del objeto procesal, jugando un papel exclusivo de medio de prueba, solo o sumado a otros, tanto del hecho como de su responsable en cualquier grado.

Por ello es que dicho documento, junto con otras pruebas, puede ser invocado por el denunciante, querellante o actor civil en sus respectivas presentaciones iniciales, indicando lugar de radicación o presentándolo si es que lo tienen en su poder. Lo mismo ocurre con el fiscal.

O puede darse el caso de que el investigador (ya juez de instrucción, ya correccional, o de menores, o el fiscal) o las fuerzas de seguridad actuando en su representación, en las diligencias de inspección, registro o las encomendadas expresamente, secuestren los documentos que pueden hallar, y los incorporen al proceso con el acta de ley. Lo mismo ocurre con la correspondencia o documentos que el imputado remita o le remitan, y el juez, por considerarlos útiles para la investigación ordene su incautación y, leídos por él y si lo son, los secuestre y agregue a las actuaciones (arts. 176—*in fine*—; 216, 224, 231, 232, 233, párr. 3°; 185, 234, 235, 237 y 139/141).

En el curso de la instrucción, cualquiera fuere su etapa, incluso a su cierre, las partes podrán ofrecer la prueba documental y proponer las medidas necesarias para obtenerla (arts. 199, 212, párr. 2°; 347, inc. 1°).

Pero no cesa aquí la posibilidad de incorporar documentos, sino que abierto el juicio pueden ser ofrecidos como prueba en la oportunidad creada para ello por la ley (art. 354), debiendo el tribunal de juicio expedirse sobre la aceptación o no de los presentados, o de los requeridos, lo cual puede suceder en todo el curso del debate incluso durante la deliberación (arts. 376, 388 y 397).

Estas posibilidades de la prueba documental y su regulación legal, previstas para el juicio común, también tienen vigencia para los especiales por delitos de acción pública (arts. 405 y 410).

2) Fuera de estos supuestos, cuando el documento mismo sea el objeto material del delito, esto es: la cosa sobre la cual recayó el accionar delictivo falsificándolo o adulterándolo, su agregación al sumario debe operarse de inicio, por vía de presentación o por la de secuestro, ya en poder del imputado o en depósito en manos de terceros, ya particulares o entes públicos.

Tanto son ellos el núcleo del proceso que la investigación debe operar de inmediato a la determinación pericial, mediante el cotejo, cuerpos de escrituras y demás técnicas necesarias (art. 265).

Y el resultado mismo de todo el proceso —la sentencia— se pronunciará expresamente sobre ello, y si se considera falsificado el documento mandará anularlo, corregirlo o adecuarlo, según el grado de factura o adulteración, mediante los oficios correspondientes a los registros o archivos públicos (arts. 526, 528).

3) En los procesos por delitos de acción privada (art. 73, CPen.), que se inician por querella que opera como acusación, en la etapa de juicio, obviando la instrucción, se exige, bajo pena de inadmisibilidad, que junto con ese escrito de inicio se acompañe la prueba documental pertinente y de la que se haga mérito, y si ello no fuera posible deberá indicarse el lugar en que se encontrare para proceder a su secuestro (arts. 418, última parte, y 231).

Tal es el alcance de la ley en la exigencia del acompañamiento o agregación de la prueba documental, que regula un procedimiento preliminar especial para obtener los documentos, que consiste en pedir al juez que intime al que va a ser querellado que presente la documentación en su poder (art. 426).

El resto del procedimiento se regula por las reglas comunes.

d) Sentencias declarativas de falsedades instrumentales

Su regulación está establecida por los arts. 526 y 528, y el trámite del proceso a su respecto tiene las particularidades probatorias destacadas precedentemente (punto V.c] 2), por lo que a ello nos remitimos.

VI. Informativa

a) Concepto

La prueba informativa es el aporte de conocimiento al proceso y con relación a su objeto en cualquiera de sus dos extremos, en todas o algunas de sus circunstancias, efectuado por oficinas públicas o privadas, a través de sus órganos responsables que, según constancias de sus registros, libros o archivos, responden las preguntas concretas que les formula el juez en proceso determinado.

En sus raíces esta prueba se acerca mucho a la testimonial. Era ésta la que se usaba a este respecto; pero el llamado a declarar como testigo al responsable del ente de que se tratare chocaba siempre con la imposibilidad real de la insuficiencia material de la memoria humana para retener todos los asientos y movimientos de la persona ideal, de quien, en última instancia, era toda la actividad base de información. Ésta fue la razón por la cual la Cámara Criminal de la Capital Federal, en tiempos ya muy lejanos, resolvió que en esos casos la vía era la de pedir la información por oficio a la entidad misma (*Fallos* CCC, t. II, p. 18).

Así nace en sede penal la prueba de que tratamos.

b) Procedimiento

Sobre ella no había regulación legal procesal alguna en el Código de forma penal nacional, extremo por el cual cuando en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se la incorporó y reguló, sus reglas fueron de aplicación, por integración supletoria, a los procesos penales.

Lo único que luego incorporó el Código de forma penal fue la imposición de que el informe requerido a cualesquiera de estos entes debía ser contestado en el plazo de diez días de recibido el pedido. El tribunal, a solicitud fundada del requerido formalizada dentro del mismo término, podía prorrogar dicho lapso. Pero el incumplimiento por parte de éstos daba lugar a la aplicación de una multa, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas y penales en que pudieran haber incurrido.

El nuevo Código dedica a esta materia una previsión genérica, fuera del lugar en que regula los medios de prueba. Insertada en el art. 133, del Capítulo III "Suplicatorias, exhortos, mandamientos y oficios", dice: "*Los tribunales podrán dirigirse directamente a cualquier autoridad administrativa, la que prestará su cooperación y expedirá los informes que le soliciten dentro del tercer día de recibido el pedido del juez o, en su caso, en el plazo que éste fije*".

En nuestra opinión sería necesario que en todos los casos se pidiera bajo apercibimiento de procesar por desobediencia.

VII. Confesión

a) Concepto

La prueba de confesión es el aporte al conocimiento en el proceso, referido, en este caso, sólo y únicamente a uno de los extremos del objeto procesal, cual es el de la responsabilidad del imputado. Éste reconoce dicha responsabilidad en cuanto admite su autoría o participación en cualquier grado en el hecho que se le enrostra.

Nadie es responsable de algo que no existe. Por ello es que para que alguien se declare autor o cómplice de un delito, el hecho que lo constituye debe existir, y esta existencia, en el proceso, no es sino el hecho probado. Por esta razón decimos que la confesión acredita sólo uno de los extremos del objeto del proceso: el del imputado. Recaudo esencial de la validez de la confesión es que la materialidad del hecho esté probada con independencia de la confesión misma. Ello se aviene en plenitud con el pensamiento lógico, extremo por el cual, aunque el Código actual no lo diga, como lo hacía el anterior, la exigencia es válida hoy también, porque es de la esencia misma de la sana crítica.

La confesión es un acto de libre voluntad, razón por la cual, en primer lugar, el que la formula debe ser sujeto que esté en el pleno goce de sus facultades mentales, y tan es así que el nuevo Código en su art. 77 manda que si durante el proceso sobreviniere la incapacidad mental del imputado, el tribunal suspenderá la tramitación de la causa y esta suspensión impedirá la declaración indagatoria.

Esa voluntad del que confiesa no es libre cuando el sujeto es presionado por los que sobre él ejercen violencia física; o cuando se ejerce contra él coacción o amenaza; o se lo induce (por error, promesas o dádivas) a declarar en contra de su voluntad; o se le formulan cargos, esto es: se le afirma asertivamente su responsabilidad para que él la admita; o cuando conteste negativamente, se le discute y se le sostiene lo contrario. Todo ello está prohibido por el art. 296 y su violación genera la nulidad del acto y responsabilidad penal y disciplinaria para el que haya incurrido en esa conculcación de libertad.

Además de ello hay una exigencia lógica que no puede obviarse, y ella es que esa admisión de responsabilidad por el hecho concuerde con las circunstancias y modalidades probadas de éste y que, además, las condiciones

físicas personales del procesado avalen la posibilidad de que la actividad física de realización del hecho sea admisible.

b) Autoridad que puede recibirla

La confesión no puede ser recibida sino por el juez. Ya sea éste el de instrucción, ya cualquier otro tribunal colegiado que legítimamente, en el juicio o en otras instancias, deba intervenir en el curso del proceso.

Ello es así porque la confesión, como dicho del imputado, no puede estar sino en el único acto en el cual éste puede hablar: la indagatoria. Ya sea ésta la tomada cuando aparece la sospecha de autoría (art. 294), ya cuando el juez la amplíe cuando lo estime necesario (art. 303, 2ª parte), ya en la indagatoria en el debate (art. 378), o ya cuando el propio imputado pide ampliarla en cualquier estado del proceso (art. 303, 1ª parte). Más aún, puede confesar al inicio mismo del proceso, cuando se presenta espontáneamente ante el juez y pide declarar y éste le recibe su dicho confesorio bajo las formas de la indagatoria (art. 279). En este caso, excepcionalmente, el acto, con todas las garantías y prestado ante el juez, y siempre que éste le haya hecho saber todos sus derechos, puede valer como confesión (arts. 279, 73 y 184, penúltimo párrafo, última parte).

A los órganos prevencionales les está prohibido recibir indagatoria (art. 184, párr. 1°, última parte). Al Ministerio Fiscal también se le prohíbe la recepción de este acto indagatorio, por cuanto su producción debe ser requerida al juez (art. 213, inc. 1°). En consecuencia, ellos nunca serán autoridad competente para recibir la prueba de confesión.

c) Simple, circunstanciada, calificada

La confesión es simple cuando el imputado admite su responsabilidad lisa y llanamente, sin agregar nada más. Equivale a decir: "sí, fui yo".

Es circunstanciada cuando a la simple admisión se le agrega explicación o narración de detalles. Equivale a decir: "sí, fui yo y lo hice de tal o cual manera, forma...", etc.

Es calificada cuando a la simple admisión, circunstanciada o no, se le suma una explicación en descargo que sea jurídicamente relevante como causa negativa de la acción (violencia física), o de la antijuridicidad (causa de justificación: legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de deber, etc.), o de inculpabilidad (error, coacción o, incluso, una causal de impunidad —excusa absolutoria—).

En este último supuesto, el juez tiene la obligación de investigar todos los hechos y circunstancias pertinentes a que se hubiere referido el imputado (art. 304).

Estas formas de confesión están admitidas en nuestro Código Procesal nuevo como resulta del artículo citado precedentemente y también del art. 408, que autoriza al juez correccional, con acuerdo de partes, a aceptar la confesión circunstanciada y detallada como obstativa de prueba tendiente a probar la responsabilidad.

La calificada está impuesta a la ley formal por la ley de fondo. Los extremos que a su respecto hemos señalado como de su esencia surgen del Código Penal y no son sino, nada menos, que los que tipifican al delito, y es éste el que se investiga en el proceso. Invocarlos y ampararse en ellos es materia propia del proceso.

d) Retractación

Como tal, con esa denominación y con recaudos específicos establecidos, como lo era en el Código viejo, ella no está regulada por el Código nuevo.

Ello no quiere decir que ella como forma de desdecirse, dejando sin efecto la admisión de responsabilidad ya cumplida, por parte del imputado, no sea admisible en la actualidad. Sería ilógico.

Cuando el confesante adopte esa posición rectificadora y lo haga invocando una fundamentación seria estructurada sobre la base de cualquiera de las circunstancias que hemos citado como base de la libertad de voluntad, que es la médula de la confesión; es innegable que hay retractación y su consideración, prueba mediante, no puede ser dejada de lado por el juez.

Lo que ocurre es que, ante el silencio del nuevo Código, esa retractación no está sujeta, como lo era antes, a oportunidad y condición alguna.

e) Valoración

Como todos los medios de prueba admitidos en la ley formal nueva, éste será apreciado en su valor y relevancia acreditante de la responsabilidad por el hecho, conforme a las reglas de la sana crítica.

VIII. INDICIARIA

a) Concepto

A diferencia de todas las tratadas hasta aquí, la prueba indiciaria, como aporte de conocimiento al proceso, no acredita en forma directa el objeto de éste (hecho-imputado), sino que llega a él en forma indirecta, en cuanto sobre la base de la acreditación de hechos extraños a ese objeto asienta un conocimiento concomitante a éste. De ese conocimiento concomitante se pasa al del objeto procesal por vía de presunción. Es decir, lo que comúnmente acontece en el órden lógico y la experiencia de la vida es que cuando se dan los extremos probados aparece como consecuencia, o su compañía más próxima, el hecho que aparece como objeto del proceso. Por esa vía indirecta se acredita este último.

Es fundamental destacar que para que este medio de prueba se pueda dar válidamente, es necesario que los hechos extraños que rodean al que constituye el objeto procesal sean varios y que cada uno de ellos esté probado en sí mismo con pruebas propias ajenas a la del objeto procesal. Luce así claro que cada uno de esos hechos se comporta como pilar, hito o fundamento sobre los cuales debe desarrollarse la vía presuncional citada.

Cada uno de esos hitos es lo que se llama indicio. Ellos deben tener una vinculación tal que permitan pasar del uno al otro en un desarrollo fluido de razonamiento lógico.

Ese razonamiento lógico, fundado sobre tales bases, debe ser unívoco, es decir: no debe conducir a conclusiones divergentes.

La conclusión lógica final debe estar vinculada al objeto del proceso. Ésta es la presunción.

b) Regulación legal

Este medio de prueba, a diferencia de lo que ocurría en el Código viejo, no está regulado en el nuevo. Pero esto no es motivo para descartarlo en su posibilidad.

En efecto, con la prevención de que sólo se debe recurrir a él cuando la prueba directa es insuficiente y, en tanto, rica la base presuncional, no debe olvidarse que su base misma es el razonamiento lógico que es el nervio de la sana crítica, sistema éste que es el núcleo del nuevo sistema procesal.

Si las bases para el desarrollo lógico están dadas, si el trabajo investigativo ha acumulado la prueba de cada hito o indicio, el razonamiento lógico del juez es la vía de su libre convicción.

Todo lo que la doctrina y la jurisprudencia, trabajando con el antiguo Código y sus expresas previsiones en orden a esta prueba, han acumulado a través de largo tiempo, no es descartable ante el cambio de la letra expresa de la ley. No está prohibida esta prueba; y no puede estarlo. Está inserta en el razonamiento humano. Y por ello esa riqueza interpretativa ancestral, que no es obligatoria, no es descartable y es prudente tenerla en cuenta en el manejo actual de una prueba que ciertamente puede ser difícil; y si lo ilógico se filtra, muy peligrosa.

c) Valoración

Como que está asentada en hechos cuya prueba se ha agregado a la causa; como que sobre ellos se tiende un nexo lógico y todo está a cargo de sujetos pensantes, su valoración se inserta en el sistema de la sana crítica.

Esta forma de las libres convicciones, en esta prueba salta con toda su relevancia en cuanto impone que el juzgador explaye los fundamentos en los que se basó. La cadena de indicios y la forma de razonar deben ser puestas de resalto por el jugador: ello es garantía de justicia.

IX. Prueba fotográfica, cinematográfica y electrofónica

Enrolado en el sistema de libertad probatoria, nuestro Código Procesal Penal nacional, si bien no incluye a las del rubro dentro de una enumeración taxativa de medios acreditantes, lo cierto es que no opone barrera alguna en su contra.

El grupo tradicional de medios de prueba (testimonial, pericial, documental, confesional), acompañante permanente de los procesos, ofrece las bases esenciales para la recepción de lo que, más que nuevos tipos de prueba, son en verdad ampliación técnico-científica del marco operativo de cada uno de aquéllos.

Así es como el notable avance en las ciencias en general (física, química, medicina, biología, electrónica, etc.) ha enriquecido en cada uno de sus aspectos las posibilidades de la prueba pericial a la que tales conocimientos son aplicables, conduciendo a hallazgos nunca soñados con anterioridad. La cita que se impone a modo de ejemplo, y en lo que hace a lo más reciente y extraordinario, es el de la aplicación de la ingeniería genética o molecular en la determinación de la identidad humana. Pero siempre la prueba es la pericial, receptiva de los nuevos adelantos.

En lo que respecta a la prueba testimonial, el más antiguo y apetecido de tales elementos de acreditación, la situación se repite. De tal modo, es fácil apreciar cómo, en torno a su operatoria de recepción, conservación, asociación y transmisión de conocimiento, en lo que fue descripto como "anatomía del espíritu" a través de la sensación, percepción, memoria, raciocinio y expresión comunicativa [2], puede hoy aplicarse el sorprendente adelanto científico perfeccionando al testigo en cada uno de sus pasos adquisitivos y aportantes.

Así es como su sensación y percepción, como contacto con lo exterior, fuente de su conocimiento, se asienta en la actualidad —gracias a un enorme aporte científico— en una memoria de conjunto global, separable en fragmentos a voluntad en minucioso detalle, en la dimensión que se desee, que permite su conservación y combinación, estático o dinámico, reproducible al momento que se desee, mediante la fotografía, la cinematografía y la grabación de sonidos electrónicos.

Sólo, por sí, o como complemento de la prueba testimonial o como ilustración de la actividad adquisitiva del cuerpo del delito, cada uno de estos medios es de gran valor.

Pero cada uno de ellos, como prueba no puede sino ser continuidad de lo testimonial, por cierto que con adecuación de sus formas.

Adelantamos ya que ellos están insertos en el régimen procesal penal nacional, respecto de los cuales no impone formalidad alguna, quedando sometidos en lo que hace a su valoración las reglas de la sana crítica.

Aclaramos lo precedente por cuanto en orden a la muy delicada situación social que plantea la delincuencia asociada organizada, dentro de cuyas filas milita en condiciones angustiantes la narcocriminalidad, como forma muy eficiente para probar la responsabilidad de los intervinientes, con acuerdo de todos los legisladores, se han incorporado la cinematografía, la fotografía y las grabaciones, mediante la ley 24.424, al régimen de la 23.737 de represión del tráfico de estos tóxicos. Pero donde no hubo acuerdo fue en la exigencia que se impuso en relación a tales pruebas, que consistía en que cada una, para poder ser valorada, tenía que ser previamente constatada en su autenticidad. Este extremo no existe en la ley procesal común.

Tal es el cuadro de la prueba en nuestra legislación formal.

Es incuestionable el valor documental que, como objetivización complementaria de toda descripción de personas, cosas, lugares, efectos, huellas, rastros, signos y secuestro de lo que corresponde, todos como indica-

[2] BENTHAM, J., *Tratado de las pruebas judiciales*, t. I, Valletta, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, p. 48.

dores del delito y sus consecuencias propias y circunstanciales, tiene la fotografía, cinematografía, grabaciones magnéticas de sonidos y palabras resultantes de escuchas logradas con poderosos instrumentos electrónicos.

En efecto todo lo señalado, como adquisición del cuerpo del delito, debe ser descripto minuciosamente por escrito en acta que en cada caso debe levantarse en el lugar de la comprobación. La legitimidad de esta inspección judicial, como así también la de los allanamientos y secuestros de efectos, proviene de la expresa autorización de la ley con las formas externas e internas que como actos jurídicos les impone normas específicas que sólo el juez del proceso puede ordenar.

Tales exigencias se imponen asimismo respecto de la ilustración del contenido de esas actas, mediante la fotografía, cinematografía y grabaciones magnéticas y el hecho de ser adquiridas en el mismo acto de la diligencia a la que documentan les confiere su propia legitimidad.

Los severos recaudos impuestos por la ley a tales actos procesales se deben a que detrás de cada uno de éstos está siempre la garantía de la libertad individual de cada sujeto objeto de la diligencia. Y con ésta se lesiona su incolumidad, ya sea en sus formas del derecho a la intimidad, reserva, secreto, de la esencia misma de la persona, como así también la inviolabilidad de su domicilio como su ámbito de ejercicio inmediato y los de sus comunicaciones que se pretenden reservadas.

La lesión judicial a cada uno de esos valores humanos sólo se permite por la ley en tanto y cuanto, siendo estrictamente necesario en justicia, se causa el menor daño posible y ello se consigue con todas las garantías con las que se rodeen dichos actos.

Si tal es la situación institucional, es indiscutido que los actos fotográficos, cinematográficos, televisivos y grabaciones (escuchas) *cumplidos sin orden judicial, por autoridad pública actuando por su cuenta o por personas privadas*, aun cuando puedan reportar un beneficio probatorio, son no sólo ilegales sino innegablemente una lesión a los derechos constitucionales. Esto invalida todo el material obtenido y todo lo que en ellos se base.

Con las fotografías, rodaje fílmico, grabaciones y escuchas particulares obtenidas arbitrariamente, actuando sin control judicial, muere el respeto a la intimidad; se convierte a todos los hombres —sospechados o no— en materia de escándalo cuando no de lucro. Aceptarlo sería como instituir un ojo clandestino detrás de cada uno de nosotros.

No postulamos su abolición, prohibición e incluso su acuñamiento como delito, sino sólo como formas privadas y sin garantías. En cambio, sí las apoyamos bajo todos los recaudos legales y constitucionales. Esto último es trabajo para los legisladores. Pero mientras éstos no lo lleven a cabo en una ley, no es una medida judicial, sino un atropello.

CAPÍTULO XII

ACTIVIDAD CAUTELAR

SUMARIO: I. Cautela personal: a) Concepto; b) Formas: 1) Citación; 2) Inmovilización en el lugar del hecho-arresto; 3) Detención sin orden-aprehensión; 4) Detención con orden; 5) Prisión preventiva; 6) Incomunicación.— II. Cautela real: a) Concepto; b) Formas. Aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Comercial.

I. CAUTELA PERSONAL

a) Concepto

El proceso, como actividad reconstructiva de un hecho humano ya pasado, demanda tiempo para su realización. Es durante este lapso que la investigación puede verse impedida, cuando no coartada, por maniobras de distorsión de huellas, ocultamiento de pruebas o creación artificiosa de otras, organizadas y ejecutadas todas por el o los responsables del delito investigado. Y es también durante ese lapso que éstos pueden huir y sustraerse de tal manera al cumplimiento de la pena que se les pueda imponer. Tanto en uno como en otro caso el proceso se torna inocuo; en el primero porque el proceso es trabajo inútil; en el segundo porque lo inútil es la sentencia, como mera declaración inejecutable.

Para evitar tal situación se ha instituido el sistema de privación provisional de libertad, o privación procesal de libertad.

Si bien la libertad personal no puede ser privada sino por vía de sentencia condenatoria a ese tipo de pena, lo cierto es que en forma excepcional, en la forma más restringida posible y rodeada de garantías, con la finalidad de aseguramiento personal para evitar la desnaturalización del proceso; con el propósito de tornar imposible lo que, en definitiva, es atentar contra la garantía de seguridad, coartar la lucha contra la delincuencia y neutralizar la función penal del Estado, se ha instituido legalmente el citado sistema de privación de libertad durante el trámite del proceso.

La jerarquía constitucional de la seguridad común, que se aspira proteger con el proceso como instrumento de la función penal del Estado, es de igual rango que la de la libertad individual del hombre a quien se le imputa haber conculcado aquélla. Este último es autor de delito, aquélla es su víctima.

En el proceso penal, en forma permanente, están presentes ambas garantías; la ley debe atender a las dos y por ello el equilibrio entre ellas debe ser consultado y regulado paso a paso. Ninguna debe pesar sobre la otra, sino sólo en la medida indispensable, excepcional, adecuada a la finalidad del proceso penal y con la exigencia ineludible de que se cause el menor daño posible.

Ésta es la razón por la cual el Código nuevo, en su art. 280, dice: "*La libertad personal sólo podrá ser restringida, de acuerdo con las disposiciones de este Código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la aplicación de la ley...*".

Se ven claros en ese mandato los dos extremos que hemos citado: efectividad del proceso, posibilidad de cumplimiento de la pena que se imponga.

Y continúa dicha norma: "*...se ejecutarán de modo que perjudiquen lo menos posible a la persona y reputación de los afectados y labrándose un acta que éstos firmarán, si fueren capaces, en la que se les comunicará la razón del procedimiento, el lugar donde serán conducidos y el juez que intervendrá*".

Esta actividad asegurativa recibe el nombre institucional de "cautela", que, en este caso, por referirse a la persona, es la "cautela personal".

b) Formas

Las formas de ella, en gravedad creciente en cuanto la limitación de libertad es más intensa y permanente, que instituye la ley procesal son: 1) citación; 2) inmovilización en el lugar del hecho - arresto; 3) detención sin orden (aprehensión); 4) detención con orden; 5) prisión preventiva; 6) incomunicación.

Desde el punto de vista analítico, para resaltar la gravedad creciente señalada, diremos que la limitación de libertad personal en su grado mínimo está dada sin impedimento físico que imponga inmovilidad; existe sólo una orden, acompañada de la *amenaza* de imponer su efectividad por la fuerza, de presentarse en lugar determinado. El sujeto que la recibe se gobierna únicamente por su voluntad, pero ella está conculcada por la amenaza de compulsión, por lo que es innegable que existe una limitación de libertad. Limitación pequeña, que termina con el cumplimiento, pero limitación

al fin. Esa orden, que es la citación, está dispuesta por el juez en decreto dictado en el proceso; pero esa orden no es una de captura, que, como de detención, deba reunir una serie de recaudos escritos. Es sólo un llamado coercitivo de comparendo.

En cambio, el grado aumenta cuando en el lugar del hecho y en los primeros pasos de la investigación, el juez o, en su caso, el preventor en representación de éste, disponen que ninguna persona (entre ellas las que pudieren ser responsables del hecho) se retire del lugar y, más aún, que las que ya se hubieren retirado vuelvan y se queden allí. Aquí ya hay una barrera física que limita al que desea irse, que es la vigilancia en el lugar para impedir que lo hagan. No hay, por cierto, orden de captura, como detención en el lugar; sólo hay una inmovilización de duración muy corta.

Pero si éstos simplemente inmovilizados pretendieran sobrepasar y eludir el impedimento, el juez puede ordenar su arresto. Éste es otro grado más grave de la limitación procesal de libertad, por cuanto ya supone encierro y una orden concreta al respecto que no es aún la que impone la norma constitucional.

Mucho más seria es la aprehensión, llamada por nuestro Código "detención sin orden" y que, a cargo del preventor o de un particular (ambos en condiciones muy especiales y sujetos a obligaciones muy severas), implicarán una privación de libertad compulsiva, llevada a cabo, en sus dos supuestos, sin orden escrita de juez competente. Se compensa por su fugacidad temporal.

La "detención con orden" representa una situación más grave y de mayor permanencia, que se da cuando el juez resuelve indagar y ordena la captura del sospechoso de partícipe en el delito, para que se lo haga comparecer a su presencia. O, también, cuando el sometido a proceso se convierte en rebelde por sustracción al proceso (huida, incomparecencia, etc.). La permanencia en el tiempo es mayor que las otras; se necesita orden escrita de juez competente; sólo cesa por disposición expresa y fundada: excarcelación, falta de mérito, sobreseimiento.

El grado más alto y grave, a la par que el de mayor permanencia en el tiempo por cuanto es un estado que dura el lapso total del proceso completo y cesa con su terminación definitiva, es el de la prisión preventiva el cual supone una resolución expresa y fundada recurrible por ante la cámara de apelaciones y un alojamiento para su cumplimiento en un establecimiento carcelario especial, para cuya ejecución se demanda una orden escrita formal expedida por el juez.

Completa el cuadro de restricciones a la libertad que consideramos, la incomunicación, que es el secreto instructorio llevado a la persona y hecho

posible por el encierro y aislamiento total del imputado. Tiene caracteres, formalidades y duración muy especiales.

1) Citación

Citación es la diligencia por la que se hace saber a determinada persona el llamamiento de un juez o tribunal para que comparezca a un acto judicial en día y hora previamente fijados.

En síntesis, este concepto es aplicable a todos los requerimientos de comparendo ante el juez, cualquiera que fuere el acto a cumplirse con la intervención de ambos. Por cierto que, para su efectividad, debe ser acompañado de la indicación del juez y secretaría que cita, como así también de la individualización del proceso de que se trata, con la indicación de su número y carátula, el acto para el que se requiere su presencia, el lugar, día y hora de su realización.

Las formalidades de su cumplimiento varían según la naturaleza del acto a efectuarse. Y así, en lo que hace al llamado judicial para que se preste declaración indagatoria, esto es que el ya sospechado de partícipe en la comisión del delito investigado concurra a explicar y responder sobre su accionar, se exigen las formalidades de la notificación.

La diferencia entre esta última y la citación reside en que en la primera lo que se hace saber es que se ha dictado por el tribunal determinada resolución, cuyo texto se le pone de manifiesto; momento a partir del cual el notificado puede ejercer facultades que le son reconocidas por la ley, y si no lo hace en determinado lapso la resolución producirá sus efectos. En cambio, la citación es un simple llamado.

En los casos en que el juez decrete recibir declaración indagatoria al imputado (art. 294), para efectivizarla librará orden de detención para que le sea traído, privado de libertad, a su presencia (art. 283).

Excepcionalmente, cuando el delito de que se trate no esté fulminado por pena privativa de libertad, o, estándolo, a primera vista pueda beneficiarse con la condenación condicional, prescindirá de la detención y se limitará a librar citación (art. 282).

La razón de tal variante reside en el hecho de que la cautela, el aseguramiento, que alienta a la detención, no es necesaria cuando de cualquier modo no hay nada que asegurar desde el momento mismo que el sujeto no va a quedar privado de libertad, porque la pena prevista, por sí o por su forma de ejecución, no lo permite.

Pero como la situación del citado es muy seria por cuanto está al borde mismo del procesamiento (art. 306) y si no comparece la sanción es su cap-

tura en calidad de detenido; es decir: con permanencia en privación de libertad, la notificación con que se rodea la citación exige todos los recaudos de aquélla: cédula, individualización total del juzgado, secretaría, causa, carátula, objeto del acto, transcripción auténtica del decreto que dispone el acto indagatorio, lugar, día y hora, y advertencia de que la incomparecencia generará de inmediato la orden de captura, es decir: su detención (arts. 283, 282, 153, 147 a 150).

A esta altura debe resaltarse que, a diferencia del apercibimiento de ser conducido por la fuerza pública con el que se conmina al citado como testigo, perito, intérprete o depositario (art. 154), que reduce su efectividad al cumplimiento del acto; el de detención va mucho más allá en cuanto es lisa y llanamente privación de libertad asegurativa; es cautela personal.

Es esta última la que le confiere a la citación del imputado la calidad de cautela personal.

2) Inmovilización en el lugar del hecho-arresto

La investigación, que es el verdadero nervio de la instrucción, supone un primer momento que es el del choque con la realidad hasta entonces desconocida pero de cuya historia se ignora todo. Esa avanzada de adquisición de conocimiento se vale para cumplir su función de la inspección, registro y requisas tanto de lugares como de cosas y personas, vehiculizado todo a través de allanamientos de domicilios y secuestros, con o sin asistencia técnica, con o sin uso de la fuerza pública.

El titular nato de esa investigación es el juez de instrucción que tiene que hacerse cargo de ella inmediatamente de haber tenido la noticia del hecho (arts. 193, 194, 216/222, 224, 230, 231, 236).

Pero la ley prevé también la actividad investigatoria a cargo del Ministerio Fiscal y de la autoridad de prevención (arts. 18, 196, 184, 186).

Tanto el juez, como los otros dos órganos (por cierto que estos dos bajo la supervisión del primero), tienen plena facultad para el aseguramiento de los lugares, cosas y personas en relación al hecho. Y es por ello que cuando toman el primer contacto, y en el lugar y con relación a los delitos de acción pública se encontraren personas que pueden ser tanto testigos como responsables, siendo inicialmente imposible determinarlo, y la falta de definición inmediata pudiera producir el fracaso de la investigación, se puede disponer que ninguna de esas personas se ausente del lugar y las que lo hubieren hecho ya vuelvan a él.

Esto implica, por cierto, una grave limitación de la libertad individual. Más aún, si fuere necesario se puede llegar al arresto, ordenado por el juez

o por el fiscal o preventor, estos últimos con noticia inmediata al juez (arts. 219, 281, 184, inc. 6°; 213, inc. b]).

Estas facultades extraordinarias que rozan seriamente las garantías constitucionales se amainan y equilibran con la limitación temporal de su duración, pues no pueden durar más de ocho horas, con prórroga por otro lapso igual para el juez; y seis horas para el fiscal. Todo para tomar las declaraciones a las que se debe proceder de inmediato. Esas limitaciones pueden, en su caso, agravarse aún más pues pueden ser convertidas en detención.

Se ha conferido al tratamiento de este punto la extensión que presenta por cuanto de lo expuesto y la invocación del texto legal en sus partes pertinentes, resulta claro que para asegurar el buen éxito de la investigación y abortar cualquier posibilidad de fracaso por medio de tener el tiempo suficiente para escuchar las declaraciones necesarias, se ha restringido la libertad individual en forma excepcional, pero, en definitiva, se la ha restringido. Esta invasión es una típica cautela personal.

3) Detención sin orden-aprehensión

Hay momentos, caracterizados por la impostergabilidad en la adopción de medidas y por el apremio circunstancial y temporal, en que debe privarse de libertad a un sujeto. Se debe evitar que siga cometiendo un delito, o que huya, o que se sustraiga a la pena, etc.; y es a todas luces claro que para producir tal evitación, no se puede imponer al delincuente, al juez, a la policía y a la sociedad un compás de espera mientras se requiere de la autoridad una orden de detención. Se lo priva de libertad sin este último recaudo.

Esta facultad se le otorga a la autoridad de prevención (policía, fuerzas de seguridad), con calidad de deber, con relación al sujeto que: 1) intenta un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad, en el momento de disponerse a cometerlo; 2) que fugare estando legalmente detenido; 3) es sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad, considerándose que hay tal flagrancia cuando el autor del hecho es sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después, o mientras es perseguido por la fuerza pública, por el ofendido o por el clamor público, o mientras tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito; 4) excepcionalmente, a la persona contra la cual hubiere indicios vehementes de culpabilidad y exista peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento de la investigación (arts. 284 y 285).

Pero también se confiere este poder, en este caso de ejercicio facultativo, a los particulares que sorprendieren por cometer, o en flagrancia de delito o huyendo de su legal detención, a un sujeto (art. 287).

La latitud conferida por la ley a este poder de privar de libertad sin orden escrita de juez competente y por consiguiente chocante con la garantía constitucional que la exige, es atendible sólo en cuanto es necesario preservar también la garantía de seguridad pública, y se la inserta en una estricta limitación temporal con ajustadas obligaciones a cargo del que procede a la privación citada.

Esas obligaciones son: para la autoridad prevencional, la de presentar al privado de libertad, inmediatamente y en un plazo que no exceda de seis horas, ante el juez (art. 286). En tanto que para el particular, la de hacerlo inmediatamente, sin dilación horaria, ante la policía o el juez (art. 287).

Esta cautela personal, asegurativa de resultado positivo en la investigación, no puede llamarse, como lo hace la ley (art. 284): detención, porque institucionalmente no lo es. Para que lo sea es necesario que medie una orden escrita de juez competente que reúna los recaudos que se le imponen; y cuando dicha orden no existe, pues, lisa y llanamente la detención, como institución, no existe.

Esta cautela personal, con su aspiración asegurativa, no es sino lo que doctrinariamente se distinguió siempre como "aprehensión"; algo fugaz, extremadamente necesario e ineludible que termina ni bien se entrega al "asido"-"tomado" al juez, y éste, sin dilación, regulariza la situación: 1) lo pone en libertad porque no hay nada; 2), decreta la detención porque sí lo hay. Con esta última aparece la orden; aparece la permanencia.

La clara previsión legal que autoriza la detención sin orden judicial previa, cuyos límites, formas y tratamientos hemos señalado, extiende su excepcional alcance a situaciones que se vinculan con el instituto procesal penal de la requisa personal (Cap. IX-II, punto e]) que, llevada a cabo por la autoridad policial con finalidad prevencional del delito y sustentada en la "sospecha razonable" de conducta ilícita del inspeccionado, conforme resultare de las circunstancias de todo el caso concreto que origina el procedimiento, ha sido admitida como procedente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación [1].

Si como consecuencia de tal requisa personal se produjere el hallazgo de efectos ilícitos, se faculta a la autoridad policial a producir la aprehen-

[1] Causa recurso de hecho "Fernández Prieto, Carlos Alberto y otro s/infracción", ley 23.737, nro. 10.099 del 12/11/1998.

sión del requisado (detención sin orden) y ponerlo de inmediato a disposición del juez de turno.

Tal proceder estaría, en nuestra opinión, encuadrado en la previsión legal permisiva del art. 284, inc. 1°, CPP, en cuanto a la causal de sorpresa en flagrancia delictiva, suma la posición adelantada a la de la tentativa del que con finalidad ilícita, se "dispone" a cometerlo.

4) Detención con orden

A esta altura ya desaparecen las situaciones de emergencia, los apremios temporales, el difícil equilibrio que se exige para poder justificar una privación de libertad llevada a cabo en pugna con el mandato constitucional de que debe cumplirse con orden escrita de juez competente.

La oportunidad de disponer la detención es clara y son claras también las pautas que deben cumplirse para que se la decrete: que haya bastantes motivos para que el juez decida recibirle al imputado declaración indagatoria (art. 283), o que se coloque en situación de rebeldía (arts. 289, 291), o se revoque su excarcelación (art. 333).

Esta cautela personal, como sometimiento del reo al proceso, opera sobre la base de decisión judicial dictada y asentada en éste, salvo el caso de urgencia en que el juez dará orden verbal o telegráfica con constancia en autos.

Salvo esta última situación excepcional, lo cierto es que para su ejecución la ley impone al juez las formalidades de la orden escrita que debe librar, como son la individualización completa del que se va a detener y el delito que se le imputa, el proceso de que se trata, juzgado y secretaría intervinientes, como así la copia autorizada de la resolución que la dispone (arts. 142, 147), y al ejecutarse se levantará acta que el detenido firmará, si fuere capaz, en la que se le comunicará la razón del procedimiento, el lugar donde será conducido y el juez interviniente (art. 280, 2ª parte).

Esta cautela personal dura en el proceso el tiempo mínimo indispensable adecuado a la finalidad misma de este aseguramiento y la forma de amainar su drasticidad es la de la excarcelación (art. 316).

5) Prisión preventiva

Es la máxima medida cautelar por cuanto se la adopta cuando se han reunido en el proceso serios elementos de juicio que llevan a la convicción suficiente sobre la existencia del hecho y la correlativa culpabilidad del imputado, el que como presupuesto de esta situación ya ha sido indagado y procesado (arts. 294 y 306).

En efecto, al dictarse el auto de procesamiento deberá incluirse en él la prisión preventiva del imputado cuando, conforme la prueba reunida, la calificación legal del delito y los antecedentes del reo, la pena que pueda corresponderle en definitiva, a juicio del juez, no podrá beneficiarse con la suspensión de su ejecución, esto es: condena condicional. O, por el contrario, cuando siendo ella posible, resulte claro al juez que ella no es procedente por cuanto todo indica que se dará a la fuga, o deformará las pruebas (arts. 312 y 319).

Si estos extremos se encontraren reunidos en el caso, pero el juez considerase confirmable la libertad provisional (cualquiera de sus formas) que con anterioridad le hubiere concedido, la prisión preventiva no se dictará (art. 312).

Lo que ocurre es que siendo la prisión preventiva una medida cautelar personal asegurativa de la efectividad de la pena, y resultando que ella no es necesaria, como ocurre también en los delitos que no tienen fulminada pena privativa de libertad, no hay nada que asegurar.

En los casos en que el juez considere que no va a incluir en el auto de procesamiento la medida cautelar que consideramos, pondrá en libertad al procesado que se encontrare privado de ella, por el sistema de libertad provisional, pudiendo, además de la caución que le corresponda, disponer que el liberado no se ausente de determinado lugar, que no concurra a determinado sitio o que se presente a determinada autoridad en las fechas periódicas que se le señalen; incluso se le ordenará abstenerse de determinadas actividades si por el hecho investigado pudiere corresponder pena de inhabilitación (arts. 310 y 321).

Esta medida cautelar tiene vigencia total durante toda la duración del juicio y cesa cuando éste también cesa por auto o sentencia que lo clausure.

Esta vigencia lo es en cuanto estado procesal asegurativo, aun cuando su real y efectiva ejecución pueda ser amainada, bajo condiciones expresas, en el régimen de excarcelación. Esa vigencia como estado procesal hace que ella readquiera ejecución en caso de revocarse la liberación provisional caucionada.

Pero tal estado procesal en su real y efectiva ejecución —como encierro— no puede legalmente tener una duración superior a los dos años, prorrogables, por auto fundado, por un año más en caso de complejidad y cantidad de delitos. Estos plazos no se computarán a los efectos analizados precedentemente cuando los mismos se cumplieren después de haberse dictado sentencia condenatoria, aunque la misma no se encontrare firme [2].

[2] Arts. 1° a 4°, ley 24.390, BO, 22/11/1994, modificada parcialmente por la ley 25.430

Vencido el tiempo legal de ejecución (manteniéndose como estado la prisión preventiva) ella se dejará sin efecto mediante la liberación caucionada y vigilada (excarcelación), a lo que el fiscal, previa vista, podrá oponerse si el exceso de duración se debiera a articulaciones maliciosas del procesado.

Se efectiviza en establecimientos de encierro especiales para procesados, estando prohibido mezclarlos con penados. Además en sus propios establecimientos se los separará por sexo, edad, educación, antecedentes y naturaleza del delito que se les atribuye.

Se someterán todos por igual al régimen carcelario común, sin perjuicio de que, a su cargo y sin alterar el sistema, se provean de mayores comodidades y atención médica además de la oficial. Todos se beneficiarán con visitas íntimas con ajuste a las reglamentaciones (art. 313). En tanto que cuando el Código Penal permite la ejecución de pena privativa de libertad de muy poca duración y determinada condición en el domicilio del condenado, la prisión preventiva también puede cumplirse en igual forma (art. 314).

Este cumplimiento domiciliario ha sido ampliado y comprende también a los procesados pacientes de una enfermedad incurable y terminal y a los mayores de setenta años de edad, rodeados de todos los recaudos de cumplimiento efectivo en el domicilio que se fije al repecto. Se provee un contralor específico social y médico. Y se nombra con constitución en acta un garante, pariente o no, que es notificado de todas sus obligaciones y responsabilidades que contrae (ley 24.660, art. 11, que acuerda el beneficio a los procesados, y art. 33, que señala claramente las situaciones especiales para la procedencia de la prisión domiciliaria).

Recalcamos una vez más: la prisión preventiva es la más severa de las medidas cautelares personales.

Como en el proceso penal para procesados menores de edad (más de 16 y menos de 18 años de edad) la finalidad institucional de fondo está dada, por encima de la ley penal, por la ley tutelar de menores que aspira a la recuperación de la personalidad de éstos, el encierro que se les imponga no es institucionalmente prisión preventiva, sino internación. Ella es básicamente cambiante; puede hoy encerrárselos en un establecimiento tutelar, mañana liberarlos, todo con finalidad formativa. Están internados, pero no presos. Si fuera esto último esa flexibilización no podría darse.

Es por ello que el Código nuevo en su art. 315 dice: "*Las disposiciones sobre la prisión preventiva no regirán respecto de los menores de diecio-*

promulgada el 30/5/2001. Esta ley es reglamentaria del art. 7°, punto 5°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 9°).

cho (18) años, siéndoles aplicables las correspondientes normas de su legislación específica".

La prisión preventiva como medida cautelar personal no es, en sí y por sí, apelable. Sí lo es el auto de procesamiento que la contiene, pero en este caso la impugnación de procedencia es respecto de este último, que al caer por improcedencia arrastra consigo a aquélla. Pero, por el contrario, si él fuere mantenido, mantiene también el aseguramiento cautelar referido.

Es tachable su procedencia por vía de recurso en forma indirecta, en cuanto ella fuere la causa obstativa de liberación provisional, ya concedida o solicitada con posterioridad a su dictado (exención o excarcelación antes, o ésta después). Se apela la negativa de soltura, motivando y fundando luego el recurso, en que la prisión preventiva impuesta no es procedente por las razones que se estiman existentes en el caso concreto. El triunfo del recurso, enderezado —se repite— a la excarcelación y tramitado en el incidente de ésta, exige a la alzada dictar resolución indirecta revocando la prisión preventiva.

Similar situación se daba bajo la vigencia del Código de Procedimientos viejo para la impugnación de la calificación legal del hecho que resultaba obstativa de la liberación.

Bajo la actual ley formal la jurisprudencia repite idéntico proceder, adecuado a su actual letra [3].

Sobre la constitucionalidad del auto de procesamiento y prisión preventiva frente al principio de inocencia ver doctrina en Capítulo X.III.c), *in fine* "Problema constitucional".

6) Incomunicación

Así como la instrucción en sus momentos críticos es limitadamente secreta en el tiempo; bloqueo que aspira alcanzar el éxito de la investigación evitando que sus pasos sean conocidos por los autores y cómplices del hecho, como así también por todo otro que tenga interés en entorpecer el

[3] En el incidente de excarcelación, que también fuera apelado, se revocó el auto denegatorio, concediéndose la soltura bajo caución real, por lo que se dispuso dejar sin efecto la prisión preventiva resuelta en el principal.

Resulta erróneamente concedido el recurso de apelación interpuesto contra el auto de prisión preventiva puesto que su impugnación por tal vía no aparece prevista en la ley procedimental.

Cám. Nac. Crim., sala VII (int.), Bonorino Peró, Ouviña, Piombo (Inst. 10, Sec. 130), 16/10/1992, "Reyes Ortiz, C. y otros", causa 17/19.

hallazgo de la verdad; así como ello es así, se repite, se impone también con fin asegurativo de incolumnidad de lugares, cosas, personas, huellas, rastros y pruebas, el secreto a la persona del privado de libertad como imputado. Ese bloqueo de la persona se llama incomunicación.

Se trata con ésta de que el detenido no se comunique con persona alguna extraña al órgano jurisdiccional, concierte con ella coartadas u obstaculice de otro modo la investigación.

Por cierto que en ningún caso la incomunicación del detenido impedirá que éste se comunique con su defensor, pero no en cualquier momento, sino únicamente en forma inmediatamente anterior al comienzo de su declaración o antes de cualquier acto que requiera su intervención personal.

Esta medida puede ser decretada por el juez por el lapso no mayor de cuarenta y ocho horas, prorrogable en auto fundado por otras veinticuatro. También puede ser dispuesta por la autoridad de prevención (art. 184, inc. 8°) por un término máximo de diez horas (según ley 25.434), prorrogables únicamente por orden judicial. Ella, incluida la prórroga decretada por el juez, no puede exceder de setenta y dos horas en total.

Cuando la incomunicación fuere dispuesta por la autoridad policial, en todos los casos deberá practicar un informe médico a efectos de verificar el estado psicofísico de la persona al momento de su aprehensión.

Como la finalidad de este instituto procesal es estrictamente cautelar, limita su vigencia a los estrechos márgenes de aseguramiento que se propone. Ésa es la razón por la que, siempre que no sirvan para eludir la incomunicación o atentar contra su vida o la ajena, se permitirá al incomunicado el uso de libros u objetos que solicite (art. 205).

Por la misma razón se le autoriza a realizar actos civiles impostergables que no disminuyan su solvencia ni perjudiquen los fines de la instrucción. La calidad de impostergable de estos actos dependerá en cada caso concreto del acto que se aspira realizar, las circunstancias que lo rodean, que lo precedieron, el tipo de delito, etc.

Es incuestionable que una persona que sufre semejante bloqueo se encuentra rápidamente restringida en su libertad personal; también es incuestionable que esta medida sólo tiene vigencia en el curso de la investigación y por un lapso muy reducido, todo enderezado a asegurar el hallazgo sin distorsiones de la verdad que señala el art. 193 como finalidad de la instrucción. Es así una medida cautelar personal.

II. CAUTELA REAL

a) Concepto

El delito, como hecho lesivo de bienes jurídicos, genera consecuencias patrimoniales que, agregadas a la pena pecuniaria que pudiere corresponder y a los costos del proceso mismo, causan una responsabilidad económica que en su momento tanto el imputado como los por él civilmente responsables deben afrontar. Todo ello está: 1) *vinculado necesariamente a la acción penal* en lo que hace a la pena de multa que pudiera imponerse y costos procesales; y 2) *eventualmente al ejercicio de la acción civil reparatoria e indemnizatoria* que el damnificado voluntariamente pudiere asumir en el proceso penal.

El lapso de duración del proceso hasta arribar a la sentencia definitiva que da origen a la ejecución de esa responsabilidad crea una oportunidad para que el futuro obligado se despatrimonialice, tornando en incobrable el crédito y, en consecuencia, en inocuo el proceso.

Para evitar esa situación se han regulado institutos asegurativos de ese patrimonio con miras a preservarlo provisionalmente a las resultas del proceso. Este aseguramiento de cosas patrimoniales es lo que doctrinariamente se llama: "cautela real".

Ella es de origen y estructura procesal civil por cuanto, por lo demás, siendo su objeto común a todo proceso en el que la materia económica aparezca, no cabe hacer distinciones y sus reglas son de aplicación general. Sólo es necesario en el proceso específico penal imponer su aplicación y señalar los *recaudos de procedencia, oportunidad, alcance, oficiosidad en lo que hace al objeto penal y disponibilidad en la acción civil* y, a este respecto, las cauciones a cumplir. Luego de ello la ley procesal penal se remite a las reglas del proceso civil.

Lo que antecede se adecua, en la letra de la ley procesal penal, a la finalidad que se le señala al proceso. Comprobar, sí, la existencia del delito y su responsable, pero también la extensión del daño causado por aquél (art. 193). En función de ello y en lo que hace a este último, aparece *una parte reclamante que es el actor civil* (arts. 87 a 93, 346, 351, 354, 393, 398, párr. 1°, *in fine*, 399, 403 y 516). Y frente a él un civilmente demandado, además de la responsabilidad directa del procesado (arts. 97 a 103).

b) Formas

Nuestro Código Procesal Penal admite dos formas de cautela real: 1) el embargo; 2) la inhibición.

Ambas inmovilizan bienes del patrimonio del sometido al proceso. El primero lo hace con relación a cada bien en particular, con perfecta individualización, bloqueándolo: ya con su inscripción en los registrables; ya incautándose de valores; ya registrando en acta, para el caso los que se afecten y depositen en manos de un custodio.

En tanto que la segunda —la inhibición— cumple tal inmovilización patrimonial, pero en forma general. Bloquea el patrimonio desde fuera, en la frontera de su dominio, para que no salga ningún bien. Se impone cuando fracasa el embargo. Por ello, y como recurso general, se inscribe en el registro de la propiedad (inmueble, automotor, etc.), y como ninguno de los bienes registrables puede venderse o gravarse sin el correspondiente certificado de dominio y cargas, cuando se quiere disponer de ellos ineludiblemente surge que está inmovilizado.

Ambas medidas son adoptables, en su caso, en forma obligatoria y de oficio por el juez de instrucción.

El embargo de bienes del imputado o, en su caso, *del civilmente demandado*, en cantidad suficiente para garantizar la pena pecuniaria, la indemnización civil y las costas, será ordenado por el juez al dictar el auto de procesamiento (art. 518, 1ª parte). En este aspecto la norma es imperativa.

Pero si el imputado o el civilmente demandado no tuviere bienes, o el embargo fuere insuficiente, podrá facultativamente el juez decretar su inhibición (art. 518, 2ª parte). Es lógico que sea facultativo, por cuanto ante la carencia de bienes a embargo y la condición total del obligado, hay veces —apreciables por el juzgador— que sería inocuo en absoluto todo trámite inhibitorio.

Nótese que la oportunidad de aseguramiento real se da cuando el juez decreta el auto de procesamiento. La ley está diciendo así que tiene que haber ya una prueba del hecho y de la responsabilidad que el juez está obligado a señalar y fundar (arts. 306 a 308).

Esta oportunidad fija e ineludible de cautela real puede, en casos excepcionales y de apreciación por el juez, ser adelantada. El peligro en la demora, con elementos de convicción suficientes que lo justifiquen, permite la cautela sin auto de procesamiento (art. 518, párr. 3º).

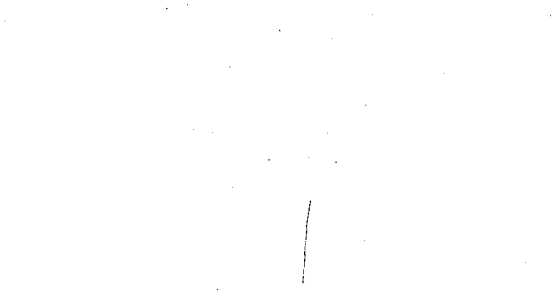
Nótese que en este aseguramiento decretado de oficio se incluye lo suficiente para *responder por las indemnizaciones civiles*, pero es el caso de que *si el actor civil estimare que ello es insuficiente*, entonces en este supuesto la ley lo faculta para —voluntariamente— pedir ampliación del embargo dispuesto de oficio. Pero en este caso el requirente debe prestar la caución que el tribunal le fije (art. 519).

Aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Comercial

Por expreso mandato del art. 520, CPP, las reglas del Código Procesal Civil y Comercial son de aplicación en todo el trámite de ejecución de las diligencias para hacer efectivo el tipo de aseguramiento decretado.

En efecto, por dispuesto en la oportunidad del auto de procesamiento o adelantado excepcionalmente su imposición, las medidas se efectivizan por vía de un incidente abierto al efecto (art. 521), en el que se permite la sustitución del bien embargado, se establece un orden para tal afectación, se provee a la custodia de lo inmovilizado, a su administración, reajustes de embargo, honorarios y tercería.

Todas las alternativas de este incidente se regulan por las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, al que se realiza concreta remisión, por lo que no es necesario repetir sus reglas en el penal, como en parte hacía el Código viejo.



CAPÍTULO XIII

LIBERTAD PROVISIONAL

SUMARIO: I. Libertad provisional: 1. Concepto; 2. Formas; a) Exención de prisión: 1) Concepto; 2) Procedencia; 3) Trámite; b) Libertad bajo caución: excarcelación: 1) Concepto; 2) Procedencia; 3) Trámite; 4) Cauciones; c) Liberación provisional del condenado en revisión; d) Libertad por falta de mérito. Concepto. Procedencia. Condicionamiento; e) Suspensión del proceso a prueba. Concepto. Procedencia y trámite. Condicionamiento.— II. La suspensión del proceso en el Código Penal: a) Alcance; b) Requisitos personales del imputado; c) Oportunidad; d) Requisitos complementarios; e) Núcleo de la prueba; f) Resultado; g) Prescripción; h) Nueva oportunidad; i) Liberación del sistema respecto del resto del ordenamiento jurídico.

I. LIBERTAD PROVISIONAL

1. Concepto

La privación de la libertad individual durante el desarrollo del proceso, como consecuencia de las medidas cautelares detención y prisión preventiva, puede, en su caso, ser evitada antes de su inicio o suspendida en el curso de su ejecución cuando se reúnan los recaudos de oportunidad, condiciones y garantías que en su totalidad integran lo que genéricamente constituye la libertad provisional.

El proceso sigue su trámite, por cierto, como también sigue vigente la necesidad de aseguramiento de ejecución de su resultado, pero la gravedad de las medidas que conducen a esto último puede amainarse. La instrumentación de ello es la libertad provisional con sus distintas formas que regula la ley procesal.

Esas formas son, también, cautela personal. Ellas sustituyen la privación de libertad, esencial de la detención y la prisión preventiva, por un sometimiento de contralor y obligación caucionada de presencia y disponibilidad ante el tribunal, nucleados en un domicilio en el que se esté siempre a disposición de citación y en el respeto de reglas de buena conducta.

Se trata de medida cautelar más benigna, en cuanto prescinde de su expresión aguda que es la privación de libertad. Pero sigue siendo cautela personal porque sigue limitando la libertad individual del imputado, al que se lo constriñe a someterse a la jurisdicción del tribunal, seguir sus mandatos e, incluso, cumplir la sanción que se le imponga.

Por estos fundamentos rechazamos la nominación de "contracautela" que se le ha atribuido a la libertad provisional y sus formas. Tal vez desde un punto de vista general idiomático-común pueda haber tenido cabida y cierto sentido como expresiva de lo contrario a la detención y prisión preventiva; a la privación de libertad propia de ellas se le opone la libertad natural de ésta. Están en contra. Pero debe tenerse en cuenta que la expresión contracautela es de carácter técnico, por lo que superando el valor común, implica un instituto jurídico que no se aviene al caso.

La "contracautela" no es lo contrario del aseguramiento, sino que, como condición del mismo, es la garantía de que si él fuera improcedente o injusto habrá reparación.

La libertad provisional no es garantía de la detención o de la prisión preventiva. En tanto que ella misma, para proceder, debe ser garantizada; es decir que debe, a su vez, ser asegurada.

El imputado que, bajo prisión preventiva, está excarcelado se encuentra sometido a cautela personal y tiene sumamente restringida su libertad individual.

2. Formas

Las formas que admite la libertad provisional pueden agruparse en dos grandes clases: 1) la que evita entrar en privación de la libertad; 2) las que permiten la salida de ella una vez concretada y en plena ejecución.

A su vez, unas deben ser caucionadas y otras no.

La evitativa de ingreso es la exención de prisión y es caucionada.

La suspensiva de la privación en curso es la excarcelación y es caucionada. También puede haber suspensión con la declaración de falta de mérito, pero no es caucionada.

La "suspensión del proceso a prueba" debe insertarse en el grupo de las medidas que suspenden la "privación de libertad procesal" y la convierten en "internación" con los distintos grados que dentro de esta última fueren admitidos, incluso en libertad, con miras recuperativas. Todo encarado como una prueba que si da resultado positivo puede terminar con el proceso. No hay caución.

Agregamos a éstos otro caso de liberación provisional, pero que no es el de un "procesado" en el curso de su proceso, sino el del *condenado* por sentencia firme y en ejecución que, por el recurso de revisión —ante el Tribunal de Casación— impugna el acierto de su condena por ser ella inconciliable con otra sentencia también firme y ejecutable, dictada con posterioridad y para otro sujeto. La aspiración, por medio de ese recurso, es que se revea la condena que se está sufriendo y se la anule o se dicte nueva sentencia absolviendo. Durante el *curso del trámite* que se origina con la interposición de dicho recurso, puede, según el caso y su evidencia, el tribunal poner en libertad provisional al recurrente, en forma caucionada o no (art. 484, CPP).

a) Exención de prisión

1) Concepto

Es el procedimiento que todo sujeto que tenga noticia o presuma que puede ser privado de libertad por disposición judicial en proceso penal determinado, puede asumir para evitarlo por petición personal o por la de un tercero en su favor, ante el juez de la causa. Y si no sabe cuál es, ante el juez de turno, el que de inmediato debe determinar quién es aquél y pasarle, según el caso, la solicitud para su trámite.

Esta forma de proteger la libertad individual cuya posibilidad máxima se extiende a poderla promover incluso en el caso de que se desconociere quién es el juez que puede haber decretado su detención, o, incluso que no la decretó aún; este procedimiento que tiene un trámite veloz en el tiempo, tiene una gran similitud finalista con la acción de *hábeas corpus preventivo*. Su única diferencia de oportunidad es la de que esta última se promueve por amenaza de libertad ajena a toda decisión judicial dictada en causa determinada, por lo que debe promoverse, lógicamente, ante el juez de instrucción de turno, quien no la puede derivar a nadie; él tiene que tramitarla.

Reiteramos, la exención de prisión es un instituto procesal que persigue, precisamente eso: que al que está en libertad aún se le exima de prisión, cuando reúna las condiciones legales para su procedencia y con la garantía del cumplimiento de éstas. Está regulado por los arts. 316, 320 a 333.

2) Procedencia

2.1) Puede pedirla el propio interesado por escrito personal, o puede hacerlo también por escrito un tercero en su favor, sea pariente o no.

Se acostumbra hacerlo por tercero para evitar todo acto por parte del que se siente en peligro de detención. Esa actuación permite al que la realiza, en caso de resultado negativo, apelar ante la cámara de apelaciones (art. 332), sin la presencia del amenazado de privación de libertad.

2.2) Puede peticionarse en cualquier estado del período instructorio hasta el momento en que se dicte el auto de procesamiento con prisión preventiva (arts. 306, 312).

En cuanto al límite inicial de esta oportunidad, cabe señalar que la ley procesal permite al imputado contra quien ya se hubiere iniciado e, incluso, contra quien esté por iniciarse dicho proceso, presentarse ante el juez competente a fin de declarar. Más aún, dicha declaración puede ser tomada, según el criterio del juez, bajo la forma de la indagatoria, extremo por el cual, para el caso de ser necesario, valdrá como tal.

Pero lo cierto es que en esa "aurora instructoria" que permite la ley, ella misma se ocupa de aclarar que esa "presentación espontánea no impedirá que se ordene la detención, cuando corresponda" (art. 279). Precisamente para evitar ese peligro, la prudencia del "declarante prematuro" tiene que llevarlo a pedir, antes de concurrir a declarar, su exención de prisión.

En lo que hace al límite final de la oportunidad para pedir la exención de prisión, él está también dentro del período instructorio, pero concretado en el momento en que se dicta la prisión preventiva.

Esta imposición legal se debe a que esta medida cautelar que es la prisión preventiva, se inserta o no, según cada caso, en el auto de procesamiento, el cual contiene el análisis de toda la prueba de cargo reunida hasta ese momento, tanto en lo que hace al hecho, como al imputado y respecto de ambos la calificación legal. Pero su imposición o su prescindencia debe hacerse en ese auto de procesamiento.

Así aparece el auto de "procesamiento sin prisión preventiva" (art. 310).

Esta forma se funda en el hecho de que el juez, según los elementos de juicio manejados en el mismo auto de procesamiento (especialmente la calificación legal hecho-autor), debe o no emitir juicio sobre la improcedencia o procedencia de mantener o no la liberación provisional concedida con anterioridad a ese momento, o, más aún, si no se dan los extremos que imponen la prisión preventiva, no decretarla.

Estos extremos son los previstos por el art. 312, y su presencia significa casi una denegatoria de toda posibilidad de liberación provisional:

a) Cuando al delito o al concurso de delitos que se le atribuye al imputado procesado corresponda pena privativa de libertad y el juez estime, *prima facie*, que no procederá condena de ejecución condicional;

b) Cuando, aunque corresponda pena privativa de libertad que permita la condena de ejecución condicional, según el criterio del juez y lo previsto por la ley en orden a la posibilidad de huida o sustracción del reo, se le puede denegar la liberación provisional (arts. 312 y 319).

Lógico resulta, de tal manera que, ante estas posibilidades: ya la confirmación de la liberación ya concedida; ya concederla en el mismo auto de procesamiento; ya decretar la prisión preventiva, el límite de oportunidad para pedir la exención de prisión, sea el del dictado de la prisión preventiva en el auto de procesamiento.

2.3) La exención de prisión es procedente y el juez podrá, en la generalidad de los casos, concederla cuando la pena privativa de libertad fulminada contra el delito por la ley de fondo no exceda del máximo de ocho años. Y aun cuando ese extremo fuera superado, por la previsión unitaria, o por la suma de ellas en el concurso real de delitos, también podrá ser procedente cuando se diere la posibilidad de una condenación condicional (arts. 316, ap. 2°, ley procesal, 55 y 26, CPen.).

A los efectos de la apreciación del recaudo del monto de la pena o la posibilidad de condenación en suspenso, el juez calificará, en esa oportunidad de la petición, el o los hechos de que se trate (art. 316, párr. 2°, 1ª parte).

Esta calificación, se repite, es provisoria; al solo efecto de poder considerar el pedido de exención de prisión. No tiene la solidez y ajuste de la que alcanza en el auto de procesamiento, por lo que si éste cambia o agrava la calificación originaria, ello tendrá incidencia en la permanencia del beneficio liberatorio. Nótese que a este respecto, con relación a la exención de prisión, la ley no dice nada; pero sí lo hace con relación a la excarcelación pedida antes del auto de procesamiento, sustentada, igual que la de aquélla, en una calificación provisoria. Y esa previsión expresa dice: "...*Cuando el pedido* (de excarcelación) *fuere formulado antes del auto de procesamiento, el juez tendrá en cuenta la calificación legal del hecho que se atribuya o aparezca cometido, sin perjuicio de revocar o modificar su decisión al resolver la situación del imputado...*" (art. 318).

La situación del exento de prisión no tiene por qué ser diferente en este aspecto del excarcelado.

Se ha prohibido por el art. 316, 2° párr., 2ª parte, CPP la liberación provisional tanto bajo la forma de exención de prisión, como la de la excarcelación, aun cuando se den los extremos generales de procedencia, para el caso de que el proceso verse sobre los delitos que prevén los arts. 139, 139 bis y 146, CPen., a los que rotula como de "Supresión y suposición del estado civil y de la identidad" (ver art. 12, ley 24.410 del 28/12/1994).

No estamos de acuerdo con el sistema de prohibición genérica asumido por la ley procesal por cuanto como forma de agravación de los delitos es impropia y aborta en cada caso concreto la actividad jurisdiccional en la consideración específica de la entidad del hecho y la subjetividad que lo guió, elementos que en la particularidad de cada situación podrían conducir a una liberación justa.

2.4) Resuelta que sea la procedencia de la liberación provisional, decisión constitutiva del primer paso del trámite, se impone resolver el segundo, que es el de la fijación de la garantía, llamada caución, a la que se la supedita y que debe ser satisfecha en forma previa a su concreción.

Todo este sistema de garantías —cauciones— es común al de la excarcelación, por lo que en su momento lo trataremos conjuntamente.

2.5) Pese a hallarse reunidos los extremos legales para la procedencia de la exención de prisión, ella puede ser denegada por el juez "*...cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si éste hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, hicieren presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones*" (art. 319).

2.6) Esta liberación provisional se concede, supeditada para su conservación a la obligación de comparecer cada vez que el tribunal cite al liberado; para lo cual se le impone como recaudo en el acta de soltura, la constitución de un domicilio, denunciando el real, para asegurar el sometimiento al tribunal y las notificaciones; no pudiendo ausentarse sin permiso y noticia al tribunal.

Además de la obligación de sometimiento al tribunal y la de comparecer cuando se lo cite en forma especial y, si el caso, a criterio del juez lo demanda, se le puede imponer que no se ausente de determinado lugar, que no concurra a determinado sitio o que se presente a determinada autoridad en las fechas periódicas que se señalen. Y más aún, si es aplicable al hecho alguna inhabilitación especial, podrá también disponerse que se abstenga de esa actividad (art. 310).

2.7) Ella es esencialmente revocable, ya sea de oficio o a petición del Ministerio Fiscal.

Recuérdese que la exención de prisión es una forma de aseguramiento, de cautela personal, encaminada a preservar la posibilidad real de ejecución de pena y la incolumidad del desarrollo del proceso. Si se tiene la evidencia de que el beneficiario de esa liberación provisional tratará de obstruir esa posibilidad, lo lógico es que se le impida.

Por ello es que la ley procesal en su art. 333 completa su previsión revocatoria, diciendo: "*...Deberá revocarse cuando el imputado no cumpla las obligaciones impuestas o no comparezca al llamado del juez sin excusa bastante o realice preparativos de fuga o cuando nuevas circunstancias exijan su detención*".

Estas nuevas circunstancias que exijan disponer la detención del liberado provisional, aun cuando real y efectivamente, positivamente, no hubiere puesto en peligro la suerte del proceso, serían las que prevé el art. 366, 4° párr., CPP, en cuanto "para asegurar la realización del debate"y sentencia, situaciones en las que necesariamente debe estar presente el procesado, el tribunal "podrá" ordenar su detención. Esta facultación tiene, así, una finalidad evidentemente preventiva.

3) Trámite

Es el mismo que el regulado para la excarcelación.

Con la presentación del pedido en el juzgado donde tramita la causa se forma un incidente que se diligencia en forma autónoma.

Si se lo hizo por ante el juez de turno, por ignorarse cuál es aquel que instruye el sumario, la actuación primera es la de determinarlo, y, luego, remitirle el pedido. Si de la averiguación resultare que no hay proceso abierto, ni pedido de detención contra el beneficiario de la diligencia liberatoria, la suerte de lo tramitado es la declaración de ello y su archivo.

En tanto que, localizado el proceso y su juez, se le remitirá lo actuado y, éste agregará por cuerda separada esto último al principal que instruye, y previa calificación provisoria, y al efecto, del hecho objeto del proceso, pasará en vista al Ministerio Fiscal, el que deberá expedirse inmediatamente, salvo que el juez por las dificultades del caso, le conceda un término que nunca podrá ser mayor de veinticuatro horas (art. 331). Evacuado el dictamen por el fiscal, el juez resolverá de inmediato.

Si la resolución es denegatoria, ella es recurrible por el presentante por vía de recurso de apelación para ante la cámara de apelaciones, en el término de veinticuatro horas de notificado (arts. 332, 449, 445).

Por el contrario, si se hubiere hecho lugar a la exención de prisión —ya en forma directa o por la de apelación— como ella está subordinada en todos los casos a la prestación de la caución que se hubiere fijado, previa a la efectivización liberatoria, ella se otorgará en acta que será suscripta ante el secretario (arts. 320, 325).

b) Libertad bajo caución: excarcelación

1) Concepto

La excarcelación es una forma de liberación provisional que tiene la característica —a diferencia de la exención de prisión— de operar por soltura respecto del imputado que ya está privado provisionalmente de su libertad individual. Por encarcelado, se lo excarcela. Y como en todos los casos ésta se concede bajo la caución que se estime proceder, recibe la nominación de "libertad bajo caución" para diferenciar su caso del de aquellos que estando también encarcelados, son liberados sin esa garantía, como es el supuesto de la libertad por falta de mérito o la derivada de la suspensión del proceso a prueba (arts. 317, 309, 293).

2) Procedencia

2.1) La diligencia excarcelatoria puede ser promovida de oficio por el mismo juez, o a pedido del imputado o su defensor.

Surge así clara la preocupación liberatoria de la ley procesal que incluye también la posibilidad de su promoción cuando el imputado, sin ser citado, espontáneamente concurre al tribunal y pide declarar ante el juez y queda detenido; o cuando por citación incumplida, es llevado detenido ante el tribunal (arts. 312, 279, 282). A todo lo cual se agrega la obligación que tiene el juez de, una vez concluido el acto indagatorio o haberse negado a prestarlo, informar al imputado sobre sus posibilidades legales de obtener la excarcelación (art. 300).

2.2) Puede ser solicitada en cualquier estado del proceso. Lo único que en este lapso hay que distinguir, es lo que ocurre antes y después de dictado el auto de procesamiento en cuanto a la calificación legal del delito investigado a los efectos de poder juzgar sobre la procedencia del beneficio.

Cuando el pedido fuere formulado antes del auto de procesamiento, el juez tendrá en cuenta la calificación legal del hecho que se atribuya o aparezca cometido. Es decir: calificación provisoria.

Si el pedido se formulare luego de dictado este auto, deberá atenerse a la calificación contenida en él.

La relevancia que dicho auto tiene, es la de que si la excarcelación hubiere sido resuelta sobre la base de la calificación provisoria previa, la del auto de procesamiento que se dicte luego tiene preeminencia y su incidencia es tal que, conforme con ella, el juez puede revocar o modificar su decisión (arts. 318, 306, 308, 310 y 312).

2.3) La excarcelación es procedente cuando:

a) Se dan los mismos extremos que permiten la exención de prisión. Esto es: que la pena amenazada para el delito previamente calificado sea la privativa de libertad, cuyo monto máximo abstractamente previsto por la norma penal, no exceda de ocho años.

O, según el caso, no obstante que el exceso se produzca, la procedencia se mantiene si el juez, a primera vista, estimare que procederá condena de ejecución condicional (arts. 317, 316, ap. 2°).

Esta causal de procedencia ha sido abortada por la prohibición de liberación insertada en la ley 24.410 cuyo comentario hicimos precedentemente (ver punto 2.3 *in fine* de este mismo capítulo).

La procedencia de la condenación condicional puede ser apreciada no sólo sobre la previsión abstracta de la ley penal, sino también con relación concreta a la petición fiscal, cuya acusación fuera a primera vista adecuada.

b) Procede también cuando por el tiempo de detención o prisión preventiva sufridas hubiera el imputado agotado el máximo de pena abstractamente previsto por la norma penal aplicable.

c) Procede asimismo cuando el imputado por su detención o prisión preventiva hubiera agotado el tiempo de pena privativa de libertad que le hubiera solicitado el fiscal en su acusación, que a primera vista resultare adecuada.

d) Cuando el procesado hubiera cumplido por sometimiento a las medidas cautelares citadas, el tiempo de pena privativa de libertad impuesto por condena no firme. Valga en este caso la repetición: cuando la condena a la misma pena fuere impuesta en forma condicional.

e) Cuando el imputado hubiera cumplido en detención o prisión preventiva un tiempo que de haber existido condena le habría permitido obtener la libertad condicional, siempre que se hubieran observado los reglamentos carcelarios (art. 317).

Los supuestos de procedencia citados precedentemente, se fundan en una regla uniforme: cuando no hay sometimiento que imponer, la privación de libertad procesal resulta infundada: no hay nada que asegurar. Por ello procede la excarcelación. Ello se da cuando son de aplicación los arts. 24, 26 y 13, CPen.

A los que anteceden, por ley 24.390 del 22 de noviembre de 1994 (modificada por la 25.430), dictada como reglamentaria del art. 7°, punto 5°, de la Convención de Derechos Humanos, se ha agregado la procedencia de excarcelación cuando el imputado en ejecución real y efectiva (continua o discontinua) de encierro preventivo hubiera agotado el lapso de dos años; o de ellos con más el de un año en el caso de delitos complejos o numerosos.

Estos tiempos son lo que se fijan legalmente como el máximo de ejecución real de prisión preventiva, por lo que se impone que a su agotamiento, a pedido de parte o de oficio, el imputado recupere la libertad bajo la caución que el tribunal determine, sujetándose, como condición para conservarla, al cumplimiento de la obligación de residencia, concurrencia, buena conducta y la que conforme en el art. 27 bis, CPen. (condena condicional) se le impongan.

El fiscal puede oponerse y el tribunal denegar el beneficio cuando el agotamiento de duración previsto se deba a actuaciones maliciosas del reo o su defensa.

Quedan expresamente excluidos de este beneficio liberatorio los imputados por el delito previsto en el art. 7°, ley 23.737 (represión del narcotráfico) y aquellos a quienes resultaren aplicables las agravantes previstas en el art. 11 de la misma ley (art. 10, ley 24.390).

El art. 7° citado reprime a los que organicen o financien las actividades de almacenaje y transporte de estupefacientes y a los que introdujeren al país estas sustancias adulterando su destino. En tanto que el art. 11 también citado, excluye del beneficio de la excarcelación a los que participaron en hechos de narcotráfico donde intervinieron tres o más personas organizadas.

Claro está que esta nueva causal liberatoria se funda en el agotamiento del tiempo permitido como máximo de duración de encierro preventivo y no, como ocurre en las causales analizadas precedentemente, en la falta de necesidad procesal de aseguramiento preventivo.

2.4) Cuando por reunidos los extremos de los supuestos del art. 317 el juez arriba a la conclusión de procedencia de la soltura caucionada, sólo ha resuelto el primer paso; le resta fijar el tipo de esta última y, en su caso, su monto. El conjunto de ambos pasos y la satisfacción del último, abren paso a la libertad.

Todo el régimen de las cauciones, sus tipos, forma de prestarlas y de ejecutarlas, es común a la excarcelación y exención por lo que, como ya lo dijimos respecto de esta última, se tratarán a continuación en forma conjunta.

2.5) No obstante que, por encontrarse cubiertas las condiciones legales para obtener la liberación, ella genéricamente fuere procedente, el juez —al igual que lo regulado para la exención de prisión— puede denegarla cuando, por los fundamentos que prevé la norma del art. 319, resultare previsible que el imputado intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones.

2.6) El beneficio excarcelatorio es esencialmente revocable de oficio o a petición del Ministerio Fiscal. Respecto de esta posibilidad prevista por

el art. 333 por ser igual a la de la exención de prisión, nos remitimos a lo ya dicho a su respecto (*supra*).

Para el caso de liberación por agotamiento del tiempo legal máximo de ejecución de prisión preventiva, la ley 24.390, art. 6°, prevé: "*El auto que dispuso la libertad será revocado cuando el imputado no cumpla con las reglas que se le impusieren o no compareciere al llamado del tribunal sin causa justificada. En todos los casos, previamente, el tribunal fijará un término no superior a los quince días para que el imputado cumpla con sus obligaciones con el apercibimiento de revocación*".

3) Trámite

Es el mismo que el regulado para exención de prisión (art. 331) por lo que, a lo dicho a su respecto, nos remitimos.

4) Cauciones

La caución es la garantía que el juez exige y el imputado acepta como condición de la efectividad de la recuperación de la libertad. La caución tiene por exclusivo objeto asegurar el cumplimiento por parte del imputado de las obligaciones legales, órdenes impartidas por el juez y eventualmente, en caso de pena impuesta por sentencia condenatoria, el someterse a su cumplimiento (art. 320).

La caución es la que absorbe la efectividad asegurativa que en las medidas cautelares personales detención y prisión preventiva se instrumentan en la privación provisional de libertad.

Cuando en un pedido de exención de prisión o excarcelación, el juez dicta resolución declarando su procedencia no ha dado sino un primer paso que es el referido al cese del aseguramiento coactivo: pero en el segundo, que es la fijación de la caución, reemplaza la privación de libertad con un compromiso también coactivo contraído por el imputado de someterse al proceso.

Por eso es que hemos dicho ya que la excarcelación y la exención no son "contracautela"; sino lisa y llanamente medidas cautelares. Su núcleo se radica precisamente en la caución a que se las somete. Si no se presta la fijada no hay libertad. Si se viola el sometimiento procesal, se pierde la libertad y la caución.

La dosificación de la potencia coactiva de la caución se cumple a través de las tres formas que de ella regula la ley, que son: la juratoria, la personal y la real. De entre ellas el juez determinará la aplicable de modo que

constituya un motivo para que el imputado se abstenga de infringir sus obligaciones. Esta determinación exige del juez una fina apreciación de la situación personal del imputado, a la par que de las características del hecho atribuido y de su responsabilidad moral. La caución debe ser necesaria y posible, por lo que está prohibido al juez fijar una caución de imposible cumplimiento para el imputado, lo que significaría negar por vía indirecta el beneficio (art. 320).

El grado más leve de esa dosificación está dado por la caución juratoria que es aquella en la que el compromiso se finca en la promesa jurada del imputado de cumplir fielmente las obligaciones impuestas para la soltura (art. 321).

Este grado es el punto de partida, si él no resultara suficiente conforme las características del hecho y la personalidad moral del reo, la ley prevé el agravamiento de la garantía.

Así, se recurre a la caución personal dada junto con el imputado por uno o más fiadores que asumen junto con el reo, la obligación solidaria de pagar el monto fijado por el juez. Es decir, en el auto de concesión se fija una suma de dinero, frente a ella aparecen los obligados a pagarla. Esto último ocurriría si el imputado se sustrajere a su obligación de someterse al tribunal (art. 322). Los fiadores deben probar su solvencia y ser capaces civiles (art. 323).

El grado más grave está dado por la caución real que se constituye mediante el depósito del dinero fijado por el juez, o por la entrega de valores cotizables o efectos públicos, u otorgando prendas o hipotecas, todo lo cual quedará sujeto a privilegio especial en orden al cumplimiento de las obligaciones del liberado remiso (art. 324).

En el caso de gravamen hipotecario debe agregarse al proceso el título de propiedad y previo informe de ley, el juez ordenará la inscripción en el Registro de la Propiedad —Sección Hipotecas— (art. 325).

La resolución con sus dos pasos (soltura y garantía) se notifica al beneficiario y, en su caso, a los fiadores y, como condición previa a la orden de libertad, deben todos suscribir un acta en la que dejan constituida la caución. En ese acto los obligados fijan su domicilio legal y denuncian el real, del cual el imputado no puede hacer cambio, ni ausentarse más de veinticuatro horas salvo autorización, por trabajo, dada por el juzgado. En esos domicilios serán notificados los obligados de las citaciones del juzgado (art. 326).

Si la citación se produjera y el imputado no concurriera al tribunal, éste fijará un término no mayor de diez días para que comparezca bajo apercibimiento de ejecución de la caución. Todo ello sin perjuicio de disponer de inmediato la captura del reo (art. 329).

Si se debe hacer efectiva la caución el juzgado procederá a la transferencia de bienes que se depositaron en caución, al Poder Judicial de la Nación, la ejecución del fiador, o a la venta en remate público de los bienes hipotecados o prendados. Para realizar estas ejecuciones, se expedirán certificados y con ello el fiscal promoverá la acción civil correspondiente en ese fuero (arts. 330, 516).

Si las cauciones otorgadas no hubieran sido necesarias porque, por revocada la excarcelación, el reo se constituyó en detención en término; porque se revocó la prisión preventiva o se sobreseyó en la causa; porque se absolvió al procesado; porque se lo condenó a pena de ejecución condicional; o el condenado se presentó a cumplir la pena impuesta, resultan ya inocuas porque no hay nada que asegurar, se procederá a cancelar las garantías en los registros respectivos y se devolverán los bienes depositados (art. 327).

c) Liberación provisional del condenado en revisión

El condenado firme que ejecutando la pena privativa de libertad impuesta, recurre en revisión ante la Cámara de Casación, dado la evidencia que surja de las actuaciones que se produzcan con motivo del recurso, antes de emitirse la nueva sentencia puede ser puesto en libertad provisional, caucionada o no (art. 484, CPP).

Este instituto plenamente lógico que se sustenta en la evidencia de la nulidad de la sentencia en revisión y que ha generado el encierro, es complejo y se integra por: 1) el tribunal *suspende la ejecución* de la pena; 2) con motivo de ello *lo pone en libertad* a las resultas de la revisión; 3) esa *libertad es provisional* y caucionada o no.

En el primer elemento luce, como condenado, un sujeto que no puede ser excarcelable por el régimen común. En tanto que por el segundo, es actualmente un sujeto sometido a proceso: el de revisión. Por lo que, antes de la sentencia y durante el trámite, puede ser liberado provisionalmente bajo caución o no y ello se acerca muchísimo a la excarcelación, siéndole aplicables en cuanto sean compatibles, las normas reguladoras de ella.

Sobre el recurso de revisión, su finalidad, causales y efectos, ver Capítulo XXI.II.a).

d) Libertad por falta de mérito. Concepto. Procedencia. Condicionamiento

Ella es una liberación provisional que se produce por vía de consecuencia.

En efecto, producida la recepción de la indagatoria al imputado, el juez dentro de los diez días subsiguientes debe regularizar la situación procesal del mismo.

Valorado el conjunto de elementos anteriores al acto, con más lo que le adicione la indagación, pueden presentarse al juez dos posiciones extremas; o los elementos de convicción son suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que el imputado es culpable como partícipe del mismo, en cuyo caso debe dictar su procesamiento mediante auto fundado (art. 306); o, por el contrario, dichos elementos de juicio son insuficientes para fundar tal posición y, dado el estado actual de la investigación, no resulta posible reunir otra prueba, en cuyo caso debe resolver por vía del sobreseimiento (arts. 334, 335, 336 y 309).

Pero fuera de tales posiciones claras, se puede dar el caso de que se presente una *indefinición* provocada por la insuficiencia de prueba tanto para uno como para otro de los extremos citados. Es decir: no hay mérito para su dictado en autos.

Respecto del límite "procesamiento" se mantiene el estado de sospecha que fundó la indagatoria; en tanto que con relación al límite opuesto "sobreseimiento" se mantiene su posibilidad por falta de elementos actuales. No puede dictarse ni uno ni otro, pero es necesario seguir investigando porque son posibles otras pruebas.

En este último caso, que no es sino una tercera posición, previa declaración de la falta de mérito probatorio para definir el proceso, se continúa la investigación.

Si el imputado o los imputados a cuyo respecto se produzca esta situación, se encontraren privados de libertad, ellos, como consecuencia de ese auto deberán ser puestos en libertad (art. 309).

Esta liberación se enrola, también, dentro de las clases de "libertad provisional", como una forma de cautela. Ello así, porque el imputado sigue bajo la jurisdicción del tribunal que, en el acto de soltura, le hace constituir un domicilio para citación, con la advertencia de obligación de concurrir al llamado. Ello se cumple sin caucionar.

Este sometimiento se debe a que, como la investigación continúa, puede darse el caso de la incorporación de nuevas pruebas de cargo y la definición procesal hacia el procesamiento, en cuyo caso el sujeto debe estar a disposición para la satisfacción de todos los fines que fundan los actos de cautela personal.

e) Suspensión del proceso a prueba. Concepto. Procedencia y trámite. Condicionamiento

Este instituto tiene íntima relación con previsiones especiales que, incluidas en las leyes penales, aspiran a una terapia recuperatoria de la personalidad del procesado, relacionando el resultado con un cierre definitivo del proceso o, en su caso, que, declarada la responsabilidad penal, se arribe a la no imposición de pena; o, impuesta ésta ya, se suspenda su ejecución.

Este concepto surge claro de la propia rotulación legal procesal: "suspensión del proceso a prueba". En cualquier etapa se suspende el trámite; y, con tratamiento, se espera: Se está esperando la "prueba del resultado".

Por cierto que la oportunidad de la adopción de tal temperamento procesal está fijada por la ley de fondo de que se trate, la cual será también la que dé la pauta de la aspiración recuperatoria específica y la base del tratamiento que se debe proveer, como así también la decisión que se debe adoptar cuando la prueba a que se sometió al imputado tenga resultado favorable o adverso.

Ejemplo cabal de lo expuesto se ve en la ley especial 23.737 que reprime el tráfico y tenencia de estupefacientes. Para el caso del "tenedor" de droga, sujeto en el que lindan el tráfico y el enfermo dependiente, se prevé: si durante el sumario se acreditase por semiplena prueba que el sujeto que tenía estupefacientes en su poder (en cantidad escasa) los tenía para uso personal y existen indicios suficientes a juicio del juez de la responsabilidad del procesado y éste dependiere física o psíquicamente de estupefacientes, con su consentimiento, se le aplicará un tratamiento curativo por el tiempo necesario para su desintoxicación y rehabilitación y se suspenderá el trámite del sumario.

Se suspende el trámite a prueba del resultado. Y acreditado uno satisfactorio, se dictará sobreseimiento. En caso contrario, pasados dos años de tratamiento, con resultado negativo, se reanuda el trámite, pudiendo arribar a la condena (art. 18, ley 23.737).

Por lo mismo se prevé que, para el caso de que se hubiere dictado ya el auto de responsabilidad penal e, incluso arribado a la condena, se podrá dejar en suspenso la imposición de la sanción, o en el segundo supuesto suspender la ejecución, sometiendo al procesado dependiente de drogas, con su consentimiento, al tratamiento reparador. Todo, sometido al resultado que se produzca. Si es positivo puede dejar sin efecto la pena; si es negativo, habrá condena (art. 17, *idem*).

En este último caso, a la espera se suspende el curso del proceso.

La forma y lugar de tratamiento se regula en internación, con grados de aplicación, en esa misma ley (art. 19).

A su vez, para el caso del régimen penal de la minoridad, la ley especial que lo regula (ley 22.278) impone, después de dictado el auto de responsabilidad, una suspensión del proceso a prueba del tratamiento de recuperación a que se sometiera al menor. Si la prueba fuera salvada en forma positiva, el juez hace uso del perdón judicial y lo absuelve; en caso contrario, dicta la condena (art. 4°, ley cit.).

El régimen de suspensión a prueba se repite en las demás previsiones de leyes penales especiales que puedan incorporarlo a su letra.

Desde el punto de vista instrumental el Código Procesal Penal prevé al respecto el trámite a seguir: "*En la oportunidad que la ley penal permita la suspensión de la persecución, el órgano judicial competente podrá conceder el beneficio, en audiencia única, donde las partes tendrán derecho a expresarse.*

"*Cuando así ocurra, el órgano judicial competente en la misma audiencia especificará concretamente las instrucciones e imposiciones a que deba someterse el imputado y deberá comunicar inmediatamente al juez de ejecución la resolución que somete al imputado a prueba*" (art. 293).

"*Una vez que el órgano judicial competente comunicó la resolución que somete al imputado a prueba al tribunal de ejecución, éste inmediatamente dispondrá el control de las instrucciones e imposiciones establecidas y comunicará a aquél cualquier inobservancia de las mismas.*

"*En caso de incumplimiento o inobservancia de las condiciones, imposiciones o instrucciones, el tribunal de ejecución, otorgará posibilidad de audiencia al imputado, y resolverá, acerca de la revocatoria o subsistencia del beneficio. En el primer caso, practicará los registros y notificaciones correspondientes y colocará al imputado a disposición del órgano judicial competente*" (art. 515).

De todo lo dicho resulta que, en función de recuperación y sometido a una serie de condiciones que específicamente se imponen y controlan en su cumplimiento, tras la suspensión del trámite del proceso el imputado que se encontraba privado de su libertad como cautela con finalidad penal, se libera de dicho régimen en forma provisional.

Pero esa liberación, según los casos sustituida por internación en nosocomios y degradación progresiva hacia el régimen ambulatorio (libertad), está condicionada, a consentimiento, sometimiento y colaboración recuperativa del imputado, condición que si no es cumplida determina el cese del sistema, recuperación del estado procesal anterior y dictado de la sentencia.

Esta liberación se presenta así como una forma de cautela con finalidad propia fundada en la ley de fondo, pero cautela personal al fin, por su sometimiento condicionado al proceso.

II. La suspensión del proceso en el Código Penal

Por la ley 24.316, del 13 de mayo de 1994, se introdujo en el Código Penal, en la Parte general, el nuevo Título XII (arts. 76 bis/quater), como instituto de fondo, al que rotula en el acápite: "De la suspensión del juicio a prueba".

Responde a la orientación moderna de evitación de las penas privativas de libertad de corta duración, completando, con tal propósito, la iniciativa ya inserta en el Código (arts. 26/28) bajo la forma de la "condenación condicional". En ésta, que se ubica en el sistema doctrinario llamado "continental o belga", la evitación de los males que puede causar la citada pena privativa de libertad, se produce, tras haberse completado el proceso y dictado la sentencia condenatoria, suspendiendo de inicio la ejecución de la privación de libertad impuesta. Es decir, actúa después de la sentencia.

En cambio, dentro de esa misma orientación evitativa, el nuevo instituto de nuestro Código Penal, lo que suspende a prueba es el curso del proceso. Actúa antes de la sentencia. Pretende seguir los pasos de lo que en doctrina sobre la materia se ha rotulado como sistema "anglosajón" (*probation*) [1].

Su funcionamiento está previsto de la siguiente manera:

a) Alcance

Abarca únicamente los delitos de acción pública. Y dentro de ellos reduce su comprensión específicamente a aquellos cuya penalidad fijada en privación de libertad (reclusión o prisión) no exceda en su máximo, acuñado, de tres años. En el caso de que se diere un concurso de delitos ello no obstará a la procedencia del beneficio, siempre que el monto máximo de pena privativa de libertad que pudiere corresponder conforme el sistema legal de integración, no excediere de los mentados tres años.

No procede la suspensión del proceso incoado por ilícitos que se reprimen únicamente con las penas de inhabilitación y multa.

En lo que hace a la inhabilitación su improcedencia es absoluta, sin excepciones, tal como lo resolvió la Cámara de Casación, tras un planteo de inconstitucionalidad que se dedujo contra esa parte de la ley.

Pero respecto de la multa y para el supuesto de que ella estuviere acuñada, en delito único o en concurso, en forma alternativa o conjunta con la privativa de libertad del límite máximo señalado, la procedencia de la sus-

[1] ARGIBAY MOLINA, F., y otros, *op. cit.*, t. II, ps. 324/327.

pensión se mantiene siempre que pague el imputado, con el beneficio, el mínimo de la escala de dicha pena fulminada contra ese delito.

Tampoco procede la suspensión del juicio a prueba cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito.

Los recaudos que anteceden son los que deben ser cumplidos de inicio. Su satisfacción permitirá formar la base misma del pedido, de la pretensión de suspensión; sobre ella —cumplida— deberán luego satisfacerse todos los otros requisitos de procedencia. Todo ello está regulado por el art. 76 bis (párrs. 1°, 2°, 5°, 7° y 8°, CPen.).

b) Requisitos personales del imputado

Este punto se vincula muy seria e íntimamente con otros extremos institucionales que no pueden dejar de tenerse en cuenta, so pena de desnaturalizar ésta y otras instituciones.

En efecto, sobre la base del tipo de delitos y pena señalados, el tema se vincula con el instituto de la condenación condicional (arts. 26/28, CPen.) y sobre la posibilidad de poder arribar a ésta, se determina la procedencia o no de la suspensión del trámite del proceso. Invoca la ley (art. 76 bis, párr. 4°, CPen.) las "...circunstancias del caso..." (de ese que es objeto del pedido de suspensión) que "...permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable...", por lo que en forma clara nuestro instituto se remite al de la condenación condicional.

No puede dejarse de considerar la severidad con que el art. 26, CPen. trata al condenado para tornar procedente la suspensión de la ejecución. Presente en todo momento debe estar que dicha norma impone un análisis fundado de la personalidad moral del imputado, los motivos que lo determinaron a cometer el delito y la naturaleza y gravedad de éste, como así también su conducta después del mismo, con más todas las circunstancias que permitan apreciar si la pena privativa de libertad debe aplicarse con ejecución o no. Todo ello además de que se trate de primera condena.

Es tan severo el mandato legal a este respecto que si la sentencia que imponga la condenación condicional no se detiene en un análisis fundado sobre tales extremos, será nula.

Pero para hacer ese análisis el juez debe tener incorporados en el proceso los elementos de juicio respectivos. Por ello es que la misma ley de fondo le manda el juez que "requiera la información pertinente para formar criterio". Más aún, autoriza a las partes a aportar la prueba útil a este efecto.

Todo ello, porque es de suma gravedad el dejar o no en suspenso el cumplimiento de una condena de prisión.

Ahora bien, si grave es lo que hemos señalado, no le va en zaga la suspensión del proceso mismo. Nótese que se deja de lado el trámite, se paraliza el curso del mismo y, durante un largo suspenso se embarca en una prueba de conducta por un lapso entre uno y tres años para, al cabo de ellos y si la prueba dio resultado positivo, *declarar extinguida la acción penal*. Es más que una absolución.

Por ello es que esa apreciación de las *circunstancias del caso* debe ser tan severa (o más) y fundada (o más), que la de la sentencia.

Se nos podrá decir que el instituto de la condicionalidad de la condena funda también la excarcelación. Es verdad; pero el proceso sigue. En cambio en nuestro caso, se extingue.

c) Oportunidad

Determinar el momento procesal en que debe resolverse la suspensión del curso del proceso, sea en la instrucción o, por el contrario, al abrir el juicio, es de fundamental importancia.

El Código Penal usa la palabra *juicio*; ésta denota en el proceso nacional la segunda etapa del mismo. Pero aparte de ser su regulación materia de legislación local, no uniforme con las provincias, no es ésta una oportunidad determinable por el simple nombre, sino por su esencia.

Respecto de esta esencia, se debe tener en cuenta:

1) Es preciso que aparezca en el proceso el sujeto que fundará todo el análisis de personalidad, conducta, motivos determinantes y demás que la ley impone analizar bajo sanción de nulidad. *Este sujeto va a aparecer en el período instructorio cuando ya se hayan reunido los elementos que motivarán la sospecha que autoriza producir la declaración indagatoria* y con ella recoger todos los datos sobre motivación del accionar, la identificación del imputado y bases para solicitar toda la información sobre personalidad, circunstancias sociales, medios de vida, antecedentes judiciales y policiales y capacidad.

2) Además de tales elementos de juicio, el instituto demanda una calificación legal del hecho cuya solidez no puede darla sino el auto de procesamiento, como definitiva en el proceso. De ese auto y por vía de la imposición o no de la cautela personal de la prisión preventiva, resultará la calidad merecedora de la suspensión del curso del proceso.

3) Pero el proceso habrá de suspender su curso por un lapso no menor de un año y no mayor de tres, con miras a la posibilidad de que por declarada la extinción de la acción penal, se lo sobresea y con ello todo se termine. Pero, ¿no se sustentó todo en la posibilidad de una condena que pudo bene-

ficiarse con su condicionalidad? Pues bien, si ello es así conforme a la médula misma del instituto, es absolutamente necesario saber si hay base útil para poder encaminar el proceso hacia la sentencia o si, por su ausencia o insuficiencia, se lo debe sobreseer.

Por tales motivos es necesario, tras el dictamen del acusador, resolver si el proceso debe ser elevado a juicio, para abrir el camino hacia la sentencia.

Conclusión: la oportunidad de pronunciarse sobre el pedido de suspensión del curso del proceso, se radica en el inicio de la etapa del juicio, con el propósito de evitar su desarrollo.

La regla instrumental del art. 293, CPP se concuerda con esta conclusión, en cuanto delega a la ley de fondo —Código Penal— la fijación.

d) Requisitos complementarios

Como este instituto se construye sobre la base de la admisión de la posibilidad de condena, se exige por la ley, además, que el procesado que solicita la suspensión produzca voluntariamente el efecto que tal condena produciría: abandonar a favor del Estado los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso de que recayera condena (art. 76 bis, párr. 6°, CPen.).

Y como también al arribarse a la sentencia ésta incluiría pronunciamiento sobre la acción civil indemnizatoria que se hubiera promovido, se obliga al peticionante de suspensión que cubra dicha reparación ofreciendo al damnificado actor el pago que pueda cubrir y cuya razonabilidad debe ser analizada, en auto fundado, por el juez para resolver sobre su procedencia como propuesta al actor. Si éste lo acepta, se paga. Si no, se le habilita la vía civil al efecto.

Estas previsiones están en el art. 76 bis, párr. 3°, CPen.

e) Núcleo de la prueba

Ahora bien, todo lo analizado precedentemente hace a las condiciones para pedir y resolver haciendo lugar a la suspensión.

Los que ahora se considerarán son los requisitos o condiciones a que se somete al procesado para que tal suspensión se conserve por el lapso de ley establecido (entre un año hasta tres años posibles) y sobre su respeto, cumplimiento y resultado, resolver si se declara extinguida la acción penal, o se reanuda el trámite del juicio.

Ellas son el objeto de *prueba*: debe probarse que se las respeta y de ese respeto resulta la prueba del acierto de la suspensión y del merecimiento de

la extinción de la acción. Esa prueba es la que da el nombre al instituto: suspensión a prueba.

Tan hermanadas, en sus propósitos, están las instituciones de la condenación condicional y de la suspensión del juicio a prueba, que las exigencias a que se somete la prueba de ambas son las mismas. El legislador las ha desarrollado para la primera (art. 27 bis, CPen.) y, para la segunda, se limita a remitirse a ellas (art. 76 ter, CPen.).

Tales exigencias, que la ley llama "reglas de conducta", son:

1) Fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato.

2) Abstenerse de concurrir a determinados lugares o de relacionarse con determinadas personas.

3) Abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas.

4) Asistir a la escolaridad primaria, si no la tuviere cumplida.

5) Realizar estudios o prácticas necesarias para capacitación laboral o profesional.

6) Someterse a un tratamiento médico o psicológico, previo informe que acredite su necesidad y eficacia.

7) Adoptar oficio, arte, industria o profesión, adecuado a su capacidad.

8) Realizar trabajos no remunerados a favor del Estado o de instituciones de bien público, fuera de sus horarios habituales de trabajo.

Las reglas podrán ser modificadas por el tribunal según resulte conveniente al caso.

f) Resultado

El propio Código Penal prevé sanciones para el que sometido a prueba no cumpla con las exigencias.

Dejamos de lado las razones obvias las que se refieren específicamente al condenado.

Reducidos a nuestro tema: si el imputado no cumpliere con alguna regla, el tribunal podrá revocar la suspensión acordada (criterio emergente del art. 27 bis *in fine*, y art. 76 ter, párr. 3°, última parte, CPen.).

Instrumentando esta custodia de cumplimiento el Código Procesal Penal de la Nación prevé en su art. 293 la imposición de las reglas de conducta y su comunicación al juez de ejecución el que asumirá de inmediato su control. En caso de incumplirse o inobservarse las mismas el tribunal de ejecución "*...otorgará posibilidad de audiencia al imputado, y resolverá, acerca de la revocatoria o subsistencia del beneficio. En el primer caso, practicará los registros y notificaciones correspondientes y colocará al imputado a disposición del órgano judicial competente*" (art. 515, CPP), el que llevará a cabo el juicio.

Si el procesado en ese juicio que continuó fuere absuelto "se le devolverán los bienes abandonados en favor del Estado y la multa pagada...". No podrá pretender el reintegro de las reparaciones cumplidas (conf. art. 76 ter, párr. 4° *in fine*, CPen.).

En cambio, "...si durante el tiempo fijado por el tribunal el imputado no comete un delito, repara los daños en la medida ofrecida y cumple con las reglas de conducta establecidas, *se extinguirá la acción penal*" (art. 76 ter, párr. 4°, 1ª parte, CPen.).

g) Prescripción

Durante todo el transcurso de la prueba, en que se encuentra suspendido el trámite del juicio (secuela) el curso de la prescripción de la acción penal continuaría, con un resultado negativo para el sistema implementado. Por ello es que el Código Penal, ocupándose expresamente del tema dice: "Durante ese tiempo se suspenderá la prescripción de la acción penal" (art. 76 ter, párr. 3°).

h) Nueva oportunidad

Al igual que lo hace respecto de la condena condicional, el Código Penal permite una segunda oportunidad, en los siguientes términos: "La suspensión de un juicio a prueba podrá ser concedida por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de expiración del plazo por el cual hubiera sido suspendido el juicio en el proceso anterior" (art. 76 ter, párr. 6°, CPen.).

Lo que está prohibido es una segunda suspensión *en el mismo proceso* en el que con anterioridad incumplió las reglas de la primera suspensión (art. cit., párr. 7°).

i) Liberación del sistema respecto del resto del ordenamiento jurídico

Este instituto que hemos analizado demanda tiempo para su funcionamiento; tiempo que puede llegar a cubrir hasta tres años. Tanto el proceso mismo y su resultado, como el tiempo que demanda su resolución, tienen directa incidencia sobre los procesos civiles que por el mismo hecho tuvieren que resolver una pretensión civil, por lo que se impone la paralización del proceso civil al momento de dictar la sentencia a la espera de la penal (arts. 1101 y 1102, CCiv.). Para evitar la desarticulación sistemática y ase-

gurar el equilibrio de la administración de justicia, el art. 76 quater, 1ª parte, CPen., dice "la suspensión del juicio a prueba hará inaplicables al caso las reglas de prejudicialidad de los arts. 1101 y 1102, CCiv...".

En la misma línea respecto de las sanciones administrativas que pudieren corresponder por el hecho del proceso, dice que tal suspensión del juicio "...no obstará a la aplicación de las sanciones contravencionales, disciplinarias o administrativas legalmente procedentes" (art. 76 cit. *in fine*).

Tal es el sistema actualmente vigente en nuestro país conforme la letra del Código Penal. Se invierte el sistema anterior acuñado por el Código Procesal Penal de la Nación, que lo preveía para la ley penal en su oportunidad, por lo que sólo era viable en ese momento para las leyes especiales que lo regularan. Hoy, dada la incorporación del instituto al Código Penal, la regla es el sistema de suspensión para todos los casos, pues está en la parte general del Código Penal; por vía de la regla de subsidiaridad (art. 4°, CPen.) se aplicará también a todas las leyes especiales, salvo que ellas prevean un régimen propio específico.

CAPÍTULO XIV

CONCLUSIÓN DE LA INSTRUCCIÓN

SUMARIO: I. Clausura de la instrucción: 1. Concepto y formas; 2. Clausura normal: a) Requerimiento; b) Procedimiento en caso de desacuerdo del juez; c) Intervención de la defensa; d) Situación del actor civil y civilmente demandado; e) Decreto simple y auto de elevación; f) Recurso.— II. Instrucción sumaria: a) Aclaración previa; b) Ubicación sistemática de la instrucción sumaria; c) Instrucción sumaria; d) Situación cautelar personal del imputado; e) Actividad instructoria del agente fiscal; f) Situación cautelar real del imputado; g) Tiempo de duración de la instrucción sumaria; h) Trámite de clausura de la instrucción; i) Conclusión.— III. Instrucción suplementaria e indagatoria; 3. Clausura anormal: sobreseimiento: a) Concepto; b) Procedencia; c) Formas; d) Efectos; e) Recursos; f) Oportunidades en que se lo puede dictar durante el proceso.

I. CLAUSURA DE LA INSTRUCCIÓN

1. Concepto y formas

El proceso en general como medio legalmente regulado para realizar la administración de justicia, compuesto de una serie sucesiva de actos entrelazados entre sí que se encaminan hacia la sentencia, como medio de aplicar el derecho penal en el caso concreto de que se trate, supone la realización de un trabajo y con él la conclusión del mismo.

Esa conclusión o agotamiento se alcanza cuando su finalidad se logra, o, por el contrario, se arriba a la reflexión de que no se podrá alcanzar. Así, esa actividad se termina. Si se llega al final, esa terminación será la forma normal de clausurarla; en tanto, si no se puede continuar, esa terminación será una clausura anormal.

La actividad del proceso se cumple en torno al objeto o materia del mismo que es lo que constituye el objeto procesal. Éste se integra con dos elementos: uno material que es el hecho producido por el hombre, dentro del marco del derecho penal; el otro, respecto del hecho citado, el hombre que lo produjo, como su propia obra, esto es, el responsable que es el ele-

mento subjetivo. La existencia tanto del uno como del otro debe ser acreditada (por los medios de prueba) en el proceso, de modo tal que ambos se reconstruyan en el proceso como un presente permanente, apreciable en todo momento que las partes, el juez o cualquiera que se asome al proceso, pueda conocerlo. Esa realidad reconstruida es la que luego de poseerla se enfrenta con el Derecho de fondo y se la califica en función del mismo y se concluye su consecuencia: si se concuerdan, la condena.

En el caso de que toda esa actividad pueda cumplirse, se lleva a la terminación normal del proceso en todas sus etapas.

Pero en caso de que ello no se logre y se deba suspender su trámite por imposibilidad de continuación, esa terminación es la anormal. Esa anormalidad puede estar referida a insuficiencia de prueba, ya sobre el extremo objetivo o material del objeto procesal (sobre el hecho), ya sobre el elemento subjetivo del mismo (la responsabilidad del imputado).

El arribo a ese triunfo o a ese fracaso puede darse también en la etapa instructoria, en cuanto la investigación arroje éxito sobre la totalidad de los elementos que constituyen su finalidad específica (art. 193, CPP), o, por el contrario, se frustre ya sobre la acreditación del hecho mismo y su carácter delictivo, ya sobre la responsabilidad del o de los imputados.

En el primer supuesto la instrucción satisfecha concluye y se clausura con miras de continuidad (etapa de "juicio"), en forma normal.

En el segundo también concluye, pero sin posibilidad de futuro, en forma anormal.

2. Clausura normal

a) Requerimiento

La forma normal de terminación de la etapa instructoria del proceso penal está dada, o mejor, concentrada en el auto de elevación de la causa a juicio.

A éste se arriba cuando el juez de instrucción luego de tramitar el proceso y dispuesto, en la etapa a su cargo, el procesamiento del imputado, lo cual por cierto supone una acreditación suficiente del hecho y de la responsabilidad del sujeto, por cumplida la finalidad puesta a su cargo, debe darla por terminada. Para esto confiere vista de lo actuado por tres días al actor civil para que interponga su demanda (arts. 87 y 93, CPP). Y al fiscal y a la parte querellante, si la hubiere, por el término de seis días para que ambas dictaminen sobre el mérito de las pruebas y se expidan sobre si siendo ellas insuficientes se debe sobreseer o, por el contrario, si son positivas, se debe continuar con el proceso, pasando a la etapa que le sigue que es la del "juicio".

Si fuere esta última la que se presenta, tanto el fiscal como el querellante se expedirán con un dictamen que recibe el nombre legal de *requerimiento de elevación.*

En este acto se deben cumplir requisitos formales. Deben señalarse los datos personales del imputado, una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos, su calificación legal, la responsabilidad del agente y los motivos en que se funda para pedir (requerir) la elevación a "juicio". En síntesis, estos actos son la acusación (ver Cap. XVI-II).

Es tal la importancia y trascendencia que la ley acuerda al requerimiento fiscal de elevación, que no mediando el mismo no *existe juicio.* Y habiéndolo, formalmente válido, él es el que *limita la actuación del tribunal* a la órbita del caso y las circunstancias que ese acusador plantea.

Constituido en presupuesto indispensable del cierre de la instrucción, el auto de clausura que lo haga debe realizarse "conforme al pedido fiscal" cuando el juez resuelve en él la oposición de la defensa. No hacerlo y apartarse del requerimiento fiscal importa cambiar de mano el ejercicio y sostén de la acción penal pública, que tiene como titular al Ministerio Fiscal. Separarse de esa línea es apartarse de la normativa procesal vigente.

No guardar congruencia con el requerimiento fiscal de elevación en el auto de elevación lleva necesariamente a su nulidad [1].

Insistimos: sin requerimiento fiscal no puede haber elevación a juicio. Tanto es así que, si por conferida la vista de mérito el fiscal se limita a pedir medidas probatorias, el juez, por aceptadas y cumplidas o rechazadas, debe correr *nueva vista de mérito* para que específicamente el fiscal dictamine sobre la elevación. Si el juez no lo hiciere y dictare directamente el auto de elevación, o remitiere el proceso a juicio, la resolución es nula [2].

Por su parte y en lo que hace al actor civil su demanda debe estar ajustada a las exigencias del Código Procesal Civil (art. 93 del CPP).

Los casos de jurisprudencia referentes a este punto se incluyen al final del capítulo.

b) Procedimiento en caso de desacuerdo del juez

Lo que ocurre es que estos dictámenes (requerimientos), pueden no ser compartidos por el juez en cuanto le pidan no continuar y producir un cierre anormal: sobreseimiento.

[1] Tribunal Oral nro. 2 Capital (int.), Loumagne-Massoni-Ocampo (Inst. 8, Sec. 125), 4/11/1992, "Lacassagne de Gurruchaga, Nélida D.", causa 13.

[2] Tribunal Oral nro. 2 Capital (int.), Loumagne-Massoni-Ocampo (Inst. 29, Sec. 136), 23/10/1992, "Olmedo Torres, Marcos", causa 9.

Todo se nuclea en el dictamen del fiscal.

Si éste y también el querellante piden el pase a juicio, y el juez está de acuerdo lo decreta, previo traslado a la defensa.

En cambio, si el fiscal pide el sobreseimiento y el juez no está de acuerdo porque piensa que debe pasar a juicio o en el caso de que estuviere de acuerdo, pero hubiere querellante y éste lo pidiera, la ley obliga al juez a pasar las actuaciones a la cámara criminal de apelaciones en consulta, y ésta decide. Si se pliega al fiscal de primera instancia, el sobreseimiento es obligatorio para el juez. Pero si está en contra de ello y también, en su caso, en contra del criterio del juez, pero a favor del del querellante, puede ordenar acusar y dispone el cambio del fiscal, se nombra otro y éste tiene la obligación de cumplir el requerimiento de elevación.

c) Intervención de la defensa

Ese requerimiento origina el siguiente trámite:

De él el juez corre traslado por el término de seis días improrrogables a la defensa, para que: 1) oponga las excepciones que estime proceder; 2) o en su caso se oponga al requerimiento y, fundadamente, pida que se termine el proceso allí y se dicte sobreseimiento. Esto en realidad es defensa. Una defensa de falta de mérito, pero defensa.

Si esto no hubiera ocurrido porque la defensa no contestó nada ante el traslado corrido del dictamen del fiscal: guardó silencio, vencido el término de seis días citado el juez tiene la obligación de dictar un simple decreto (es decir que no tiene que fundar, ni agregar nada) por el que ordena la remisión de todas las actuaciones y sus agregados y secuestros al tribunal criminal, es decir al tribunal de juicio.

Por el contrario, si hubiere habido articulación de la defensa, por resueltas las excepciones y en su caso el pedido de sobreseimiento, rechazándolo, en ese mismo auto fundado en cuanto a hechos y sujetos, el tribunal ordenará la elevación a juicio. Pero en este caso se le impone al juez que haga una nómina de las partes, tanto penales como civiles, en el proceso. Relate los hechos y sus pruebas; nombre los responsables y sus pruebas; cite el derecho y ordene la elevación.

Es absolutamente terminante la exigencia legal de fundamentación del auto de elevación, su concordancia con el dictamen fiscal de elevación, su autosuficiencia y autonomía. Tanto es así que "es nulo el auto de elevación a juicio que no cumple con las exigencias que —bajo expresa amenaza de nulidad— establece el art. 351, CPP, al omitir una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos, sin ninguna referencia al comportamiento

que se endilga al encauzado, careciendo de los requisitos de autosuficiencia y autonomía, al remitirse el juez para fundamentarlo, al auto de prisión preventiva, sin receptar siquiera el acto de ejercicio de la acción penal —requerimiento fiscal de elevación a juicio"— [3].

d) Situación del actor civil y civilmente demandado

Pero además deberá completar su auto de elevación citando la actividad cumplida por las partes civiles (actor civil y demandado o demandados —civiles— sólo el imputado, o también el responsable por él), a las que debe individualizar por nombre y apellido y consignando sus domicilios. Narra cómo quedó trabada la litis por demanda, contestación, reconvención y contestación, todo con ajuste a las exigencias del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Respecto de las partes civiles, lo que antecede es de tal modo porque en la misma oportunidad en que el juez corre vista al fiscal y al querellante para que se expidan sobre el mérito de lo actuado (art. 346), notificará dicha providencia al actor civil, el que dentro del término de tres días debe formular su demanda, de la cual, por presentada, se correrá traslado al demandado civil por seis días.

De todo ello puede resultar la contestación, reconvención y contestación y deducción de excepciones, su traba y resolución o su diferimiento a la sentencia (arts. 93, 101 y 102).

e) Decreto simple y auto de elevación

Tanto este auto de elevación complejo como el otro simple citado anteriormente, cuando quedan firmes, se comportan ambos como autos de *clausura normal* de la instrucción y el proceso sigue su marcha.

Por el contrario, cuando por aceptada la petición de sobreseimiento, dado el mérito negativo de lo actuado en la instrucción, el juez dicta el auto fundado que lo declara, este sobreseimiento cuando queda firme, también se comporta como *auto de clausura, pero anormal.* Aquí y con él el proceso se termina y no continúa por pase alguno a la etapa de juicio (art. 363, CPP).

La *clausura normal*, esto es: el auto de elevación a juicio, es inapelable.

[3] Tribunal Oral nro. 2 Capital (int.), Loumagne-Massoni-Ocampo (Inst. 31, Sec. 115), 6/11/1992, "Rosa Rosales, Jorge", causa 22.

En tanto que la *clausura anormal* por vía del sobreseimiento sí es apelable para ante la cámara de apelaciones, y sólo si ésta lo confirma, será clausura. Sin trámite en juicio porque allí termina todo.

f) Recurso

El auto de elevación a juicio —tanto simple como complejo— es inapelable.

Ello crea una situación sin solución. Ella es la que se origina cuando en la acusación tanto el fiscal como el querellante, hubieren pedido el procesamiento de algún coimputado, y a su respecto no se hubiere hecho lugar a ello. En ese caso el Código viejo permitía excepcionalmente la apelación del auto de clausura del sumario.

Por cierto que con el nuevo Código el juez indaga cuando tuviere motivos bastantes para creer en la participación de los imputados; también es cierto que esa indagatoria no implica procesamiento, sino que dentro de los diez días de producida el juez debe decidir: si dicta el auto de procesamiento, o si sobresee. Pero si no se dan elementos ni para lo uno ni para lo otro, decreta la falta de mérito. Y que todo ello es apelable.

Pero esta última medida supone haber llegado a la indagatoria del imputado, pero podría darse el caso de que respecto de algún imputado el juez no haya creído reunidos los elementos necesarios y no haya indagado, dejando vacante la pretensión de la acusación de que sea procesado.

La clausura de la instrucción y su inapelabilidad cierran toda reparación para el futuro.

II. Instrucción sumaria

a) Aclaración previa

Es verdad indiscutida que nuestro ordenamiento procesal penal, en lo que hace a todos los delitos de los que nace acción pública, con ajuste a los dictados de la doctrina general, divide al respectivo proceso incoado como su consecuencia, en dos grandes compartimientos; el primero de ellos, de acopio del material probatorio dejado por el delito y adopción de medidas cautelares personales y reales para asegurar el resultado punitivo y económico de la actuación, que es rotulado "instrucción"; y el segundo, el del "juicio" que es aquel en que se concretan imputaciones, defensas, prueba, debate, deliberación y sentencia. A este último se ingresa mediante el requerimiento que al respecto formula la parte acusadora, mediante su acusa-

ción que —por el hecho, sujeto y calificación legal— se sustenta en el material que le proporciona la instrucción.

Ambas etapas procesales reciben de la ley la regulación de los actos que las incrementan y la distribución —concatenada— de las distintas faces que agrupan y escalonan su desarrollo hacia la sentencia.

Esta regulación, aplicable a todos los procesos, es la que conforma lo que se legisla como "juicio común".

Ahora bien, cuando el proceso debe servir a un derecho de fondo que por distintos aspectos se aparta de lo general, ya sea por la gravedad relativa de las penas que fulmina (privativa de libertad de menos de tres años, multa o inhabilitación), por la finalidad pirmaria a alcanzar (régimen tutelar, por encima del punitivo, para los menores de edad), por la entidad del bien jurídico agraviado y el tipo de acción penal de ella emergente (delitos de acción privada), debe adecuar, especializar, particularizar, sus reglas a esa específica característica de fondo. Tal ajuste da origen a los rotulados "juicios especiales".

Nosotros consideramos que la auténtica nominación debería ser "procesos especiales", toda vez que la "especialización" no es exclusiva de la etapa de "juicio", sino que, como ocurre con el proceso de menores, ingresa de lleno, también, en la instructoria.

La reciente reforma de la ley procesal penal nacional sancionada por el Congreso de la Nación el 21 de mayo de 1997, bajo el número 24.825, promulgada el 11 de junio y publicada en el Boletín Oficial el 18 de junio del mismo año, por la que aumenta la cantidad de los "juicios especiales", sumando, al final del capítulo respectivo, el nuevo régimen que rotula "juicio abreviado" (art. 431 bis, CPP), pone de manifiesto lo expresado precedentemente, por cuanto si bien aniquila la etapa del "juicio" y va directamente a la sentencia, ello es consecuencia de la preparación de esa vía, todo lo cual y a su respecto ocurre en la de "instrucción", que se ve, también, especializada (según ley 24.826, sanc. 21/5/1997, promulg. 11/6/1997 y publ. BO, 19/6/1997, por la cual se incorporó el Tít. IX "Instrucción sumaria" al Libro II del CPP).

b) Ubicación sistemática de la instrucción sumaria

Como lo desarrollaremos a continuación, la reforma que instituye la llamada "instrucción sumaria" se sustenta en una circunstancia especial que pueden presentar los delitos por la forma y en el momento de su acaecimiento, que, por englobante del momento consumativo o inmediato posterior, con la persecución del autor por la víctima o el clamor público, o por-

que se llevan los efectos del delito o hay indicios ostensibles de su comisión (art. 285, CPP), pone de manifiesto la existencia misma del hecho y la autoría del sujeto, a lo que se suma que por esa flagrancia este último ya está detenido.

Es incuestionable que dado tales extremos viene a resultar superflua la actividad procesal penal común de la investigación instructoria en orden a las previsiones del art. 193 y en gran parte el resto de los institutos de esa primera etapa.

Por tales motivos es que se crea la "instrucción sumaria" en la que se modifica la aplicación de las reglas de la instrucción común, pudiendo también modificarse el juicio, siguiendo, a elección, el común o el abreviado. Por estos fundamentos sostenemos que esta reforma debió insertarse en el Código como otra forma más del "juicio especial", con el alcance que a esta nominación le hemos aclarado.

Acorde con ello consideramos que su regulación no debe formar parte de la "instrucción", como art. 353 bis, sino de la de los "juicios especiales", como art. 431 ter.

c) Instrucción sumaria

Sintetiza considerablemente la actuación y duración de la etapa instructoria, en razón de que la investigación de su objeto se ve, dado las circunstancias que la tornan viable, apreciablemente disminuida.

En efecto, según la imposición del nuevo 353 bis, cuando una persona ha sido sorprendida en flagrancia de un delito de acción pública y a consecuencia de ello ha sido privada de su libertad sin orden judicial (aprehendida) por un funcionario o auxiliar de la policía o por un particular (arts. 284, inc. 4°, 285, 286 y 287, CPP), por conducida ante el juez, éste debe con ajuste a derecho, proveer el tratamiento jurisdiccional que corresponda.

Las reglas a las que debe ajustarse son las del proceso común, en cuanto que lo que ha recibido en las actuaciones que acompañan al reo no son sino una denuncia y por ello debe transmitirla; inmediatamente al agente fiscal (art. 180, CPP), el que, como titular de la acción pública (arts. 5° y 65 *idem*), requerirá la instrucción del proceso (art. 188) o la desestimación de la denuncia cuando el hecho no sea delito (art. 180, última parte).

a) Siempre conforme las reglas comunes del proceso, si fuere el caso de esta última situación, vueltas las actuaciones ante el juez éste desestimará, proveerá a la inmediata libertad del aprehendido y archivará la causa.

b) Mas en el caso de que el Ministerio Público requiriere instrucción, y ello fuere resuelto de conformidad por el juez, dándose la situación de que

se dieren, ante lo actuado, los extremos legales que permitan al juez considerar, a primera vista, que no procederá disponer la prisión preventiva del imputado, por mandato de ley se produce el cambio de regularidad común del curso del proceso, toda vez que la norma ordena que la investigación quede directamente a cargo del agente fiscal, quien actuará con ajuste a las reglas que para él instituye específicamente el mismo Código (art. 209/213, CPP).

Nótese que la delegación de la dirección de la instrucción está ya prevista por el Código en cuanto autoriza a hacerlo al juez en cabeza del agente fiscal, pero es en forma facultativa y según lo estime proceder el propio magistrado (art. 196, CPP). Pero por la nueva ley que glosamos, dados los extremos que pusimos de manifiesto, la delegación es obligatoria.

d) Situación cautelar personal del imputado

Recuérdese que el sorprendido en flagrancia comparece ante el juez privado de su libertad.

Si se produce la desestimación de la denuncia, la recuperación de la libertad de dicho sujeto es lisa y llana consecuencia de la ausencia de proceso. Todo se terminó.

Pero si se ordena instruir sumario se abre el proceso y se impone regularizar la situación del privado de libertad sin orden, lo que se va a hacer convirtiéndolo en legalmente detenido. Todo empieza.

Esa situación de privación de libertad procesal (cautelar), puede ser que no se vea beneficiada con la liberación caucionada por no darse los extremos del art. 317, inc. 1°, CPPN en cuyo supuesto por tornarse procedente decretar en su momento la prisión preventiva, no es aplicable el régimen de la instrucción sumaria (art. 353 bis).

Pero si procediera la excarcelación, por ser improcedente la aplicación a la prisión preventiva (art. 312, CPP) es viable la soltura caucionada y el juez debe proveer a su concesión (art. 317, inc. 1°; 320, 326, 333 y 331 *idem*).

Ya libre el imputado, pasan las actuaciones al agente fiscal. Con ello comienza la especialización.

e) Actividad instructoria del agente fiscal

En orden a la acreditación del hecho y sus circunstancias y la reunión de elementos de juicio que hagan procedente su calificación legal, completando o afianzando todo lo ya acopiado con motivo de la flagrancia operativa que dio origen al proceso, el agente fiscal, según las reglas específicas que lo gobiernan (arts. 209/212) tiene facultades para citar y oír testigos, or-

denar pericias, requerir informes, requerir el cumplimiento de medidas con el auxilio de la fuerza pública, practicar inspecciones de lugares y cosas y requerir del juez la realización o autorización para cumplir, según el caso, actos y diligencias, en cuya concreción se encuentren comprometidas garantías constitucionales, según los recaudos protectores que para cada caso establezca la ley (art. 213).

Pero en lo que hace al tratamiento del imputado la ley, salvaguardando en todo momento sus derechos y garantías, introduce una trascendente alteración procesal sobre las reglas comunes.

Está totalmente erradicada la declaración indagatoria del imputado, extremo por el cual, aun cuando es incuestionable que existe la sospecha, no puede ser convocado al efecto. Ello a tal punto que si el reo solicitare al juez ser oído en este tipo de declaración desaparece el régimen especial, cesa el agente fiscal en su actividad procesal de excepción, la causa vuelve al juez y sigue con el régimen del proceso común (art. 353 bis, ap. 4°).

En sustitución de esa clásica forma de ser oído el imputado, y con evidente propósito respetuoso del derecho de éste de dar su versión sobre lo que se le enrostra y su derecho de defensa, se le impone al agente fiscal instructor la obligación de que en la primera oportunidad le haga saber al imputado cuál es el hecho que se le atribuye y cuáles son las pruebas existentes en su contra, y lo invitará a elegir defensor (art. 353 bis, ap. 2°). Extremos éstos que no son sino los tradicionales sustentos de las garantías en el acto indagatorio. Pero no cesa aquí el esfuerzo garantizador sustituto de la indagatoria que impone la nueva ley, sino que jerarquizando en su reemplazo el derecho que el Código en sus arts. 73 y 279 concede para que el imputado se presente espontáneamente y pida declarar o presentar un escrito en el que exponga su explicación, ofrezca diligencias y prueba de su situación, dice que (art. 353 bis, párr. 3°): "El imputado podrá presentarse ante el fiscal con su abogado defensor, aun por escrito, aclarando los hechos e indicando las pruebas que, a su juicio, puedan ser útiles".

f) Situación cautelar real del imputado

Sabemos que el aseguramiento económico del imputado, conforme las reglas procesales del proceso común debe estar inserto en el auto de procesamiento, según lo instituye el art. 518, CPP.

Y también sabemos que dicha cautela puede ser dispuesta, excepcionalmente, antes de esa oportunidad, cuando hubiere peligro en la demora y elementos de convicción suficientes que las justifiquen (art. cit., última parte).

Pero es el caso de que en este tipo de procedimiento y en circunstancias normales que lo justifican, no existe el marco para que esa medida sea decretada por cuanto *nunca se dicta el auto de procesamiento* (arts. 306, 307) porque no hay indagatoria (art. 353 bis). Y no existiendo dicho auto no es posible insertar normalmente un embargo (art. 518, cit.). Excepcionalmente podría hacérselo fuera de dicho auto, pero en situación de peligro en demora (art. cit.), y cuando ello no se da en la instrucción sumaria, no podría haber embargo.

Ahora bien, ante esta situación no quedaría más remedio que adoptar igual temperamento que el que se tomó ante el Código viejo para decretar embargo cuando no se podía decretar la prisión preventiva del reo (antiguo marco del auto de procesamiento) por no tener el delito conminada pena privativa de libertad. Ante ello se declaraban formalmente reunidos los extremos legales para la procedencia del decreto de prisión preventiva, no se formalizaba, pero sobre su base se decretaba el embargo normal; no de emergencia y urgencia.

g) Tiempo de duración de la instrucción sumaria

La ley (art. 353 bis, ap. 4°) le acuerda al agente fiscal quince días de plazo para tramitar la instrucción, con lo cual excepciona el término normal de cuatro meses que concede al sumario común. Pero estimamos que, pese a que no lo dice aquella norma, la Cámara, ante pedido expreso y fundado, al igual que el término común, podría conceder una prórroga por tiempo igual.

h) Trámite de clausura de la instrucción

Reunidos los elementos probatorios respecto de los extremos de la imputación penal, el agente fiscal correrá vista de todo lo actuado al actor civil, si lo hubiere, y al querellante, los que se expedirán sucesivamente, el uno formulando su demanda, el otro emitiendo su dictamen penal, todo de conformidad con lo estatuido para el proceso común por los arts. 346, 93, 347 y 353 ter, tras lo cual el propio agente fiscal producirá el suyo, según las previsiones del art. 347, inc. 2°.

Ante este último la situación procesal puede definirse por:

1) que el Ministerio Fiscal siga imprimiendo el trámite común, por lo que pedirá el sobreseimiento en su caso; o que se continúe con la etapa de juicio normal, previa clausura del sumario (arts. 347, inc. 2°, 2° supuesto, 349/351, CPP);

2) que por el contrario solicite se aplique el régimen del "juicio abreviado" (art. 431 bis), en cuyo caso cambia la sistemática ajustándose el trámite a las exigencias preparatorias; y definitorias del mismo, según las nuevas normas instituidas a su respecto por la reciente reforma (art. 353 ter, ap. 2° nueva ley).

i) Conclusión

En síntesis, la idea que preside la nueva regulación la consideramos buena y adecuada para la satisfacción del fin perseguido, cual es el de conseguir una rápida tramitación (básicamente 25 días, con más 5 días para decretar la marcha; no excedería la totalidad de 30 días), con la consiguiente descongestión jurisdiccional.

También apoyamos el enfoque de los pasos instructorios hasta la vista de mérito (art. 346) y su continuidad por el régimen del proceso común. Pero en lo que hace al del "juicio abreviado" reproducimos a su respecto la crítica que le formulamos al tratar de éste como nuevo juicio especial.

Para que no se desnaturalice la parte que apoyamos y se pueda mantener el ritmo sintético y rápido, proponemos que se elimine todo recurso, o se ajusten a términos muy estrechos, por cuanto téngase presente que al no habérselos tocado con la reforma mantienen sus tiempos comunes y por esto cualquiera de ellos, en su trámite de instancia, por sí y para sí, demandaría más tiempo que el fijado para todo el sumario abreviado.

III. INSTRUCCIÓN SUPLEMENTARIA E INDAGATORIA EN DEBATE Y EFECTOS

Clausura de la instrucción nomina el nuevo Código al procedimiento precedentemente explicado. La instrucción "*quedará clausurada...*" dice en su art. 353.

Ello no es así.

Elevada la causa al tribunal de juicio y radicada ya en él, tras el contralor de regularidad instructoria cumplido por su presidente, se dicta en ella la citación a todas las partes a juicio, tras la cual y dentro de los diez días de notificada dicha citación, todos, incluso el actor civil y demandado civil, deben ofrecer sus pruebas (art. 354). Éstas son tratadas *por el tribunal* que las acepta o rechaza por impertinentes. Incluso si ninguna de las partes ofreciere prueba, el presidente podrá ordenar reproducir las pruebas útiles de la instrucción (art. 356).

Más aún, más avanzado el trámite preliminar del juicio, mucho más, porque aun pudieron las partes oponer excepciones (art. 358); hasta llegar al momento inmediato anterior al "debate", con noticia a las partes, el presidente, de oficio o a pedido de parte, podrá ordenar los actos de instrucción indispensables que se hubieren omitido o denegado..., a tal efecto, podrá actuar uno de los jueces del tribunal o librarse las providencias necesarias (art. 357, nuevo Código).

Estas diligencias que ahora ordena "instruir" el "tribunal de juicio" pudieron ser incluso las que el juez de instrucción denegó expresamente ante el pedido que al efecto le formularon fiscal y querellante cuando se les corrió la vista *para clausurar* el sumario. Se las denegó y les volvió a correr vista para que se expidan; luego clausuró la instrucción (art. 348). Como que pueden ser, también, las que durante el curso del sumario le ofrecieron las partes y dicho magistrado las denegó por no considerarlas útiles o necesarias (art. 199).

Clausurada la instrucción y ya en el juicio, pero aún sin debate, con el resultado de esta nueva instrucción o con la llegada de nuevas probanzas, el tribunal de juicio podrá dictar sobreseimiento (art. 361 del nuevo Código) que es un acto normal de instrucción (art. 334, *idem*) y excepcional en el "juicio" dictable únicamente cuando se extinga la acción penal (arts. 334, última parte, y 336, inc. 1°, nuevo Código).

Pero aún hay más: ya en pleno juicio, en el debate mismo y tras habérsele leído al procesado la acusación del fiscal, "*el presidente procederá, bajo pena de nulidad, a recibir la declaración al imputado...*".

Esa declaración indagatoria no es sino la propia del período instructorio, que allá es obligatoria para el juez de instrucción, facultativa luego y un derecho para repetirla o ampliarla para el procesado (arts. 294, 303).

Aquí, en el "debate" esta *medida de la instrucción* se impone como obligatoria para el tribunal de juicio (art. 378).

Y lo más grave es que con lo que de ella resulte, con más lo que surja incluso de la instrucción suplementaria, el fiscal puede ampliar su acusación en pleno "debate" (art. 381).

En consecuencia, es verdaderamente confuso que el Código nuevo afirme que se ha clausurado la instrucción con los respectivos autos específicos que prevé al efecto.

3. Clausura anormal: sobreseimiento

a) Concepto

El sobreseimiento es un instituto procesal penal que produce la suspensión del curso regular del proceso de modo tal que en forma definitiva no se lo pueda continuar, produciéndose su clausura. Ésta, sin posibilidad alguna de futuro procesal, es la que hemos rotulado como terminación anormal del proceso y dada su contundencia: *clausura anormal.*

La propia raíz de la palabra sobreseimiento: *super sedere* que significa "sentarse sobre", está indicando esa suerte de finalización.

b) Procedencia

Esta extinción permanente del proceso funda su procedencia en extremos de naturaleza totalmente diferentes, tal cual son:

1) Los que afectan la esencia misma del objeto procesal, en cuanto no se ha podido probar la existencia del hecho que lo integra; o, en su defecto, que probado ello, éste no es constitutivo de delito alguno. Esto es: la faz objetiva no existe.

O que por acreditado el citado extremo objetivo, no se haya probado la responsabilidad del imputado por la comisión material del hecho.

O que probada ésta, se acredita a su respecto una causa de justificación, de inimputabilidad, de inculpabilidad o una excusa absolutoria. No hay así faz subjetiva. Se ve claro de lo que antecede que lo que se ha extinguido es el objeto mismo del proceso en alguno de sus extremos, por lo que carece de virtualidad para fundar reproche penal. Los motivos de procedencia son de derecho de fondo; no puede actuar el derecho material.

En una palabra, el proceso ha existido, pero su contenido ha resultado definitivamente inocuo para fundar la realización del derecho material.

Esta acreditación de inocuidad aparece en forma prematura, de inicio, en el proceso, y torna en inoperante desde su primera etapa, al proceso. Por ello, es que hay que clausurarlo (arts. 336 y 334, 1ª parte, nuevo Código).

Este tipo de sobreseimiento, fundado en causas materiales o sustanciales, es medida propia y exclusiva de la etapa instructoria en cualquiera de sus grados de desarrollo y puede ser dictado a pedido de parte (por ejemplo el pedido de parte por la defensa al final de la instrucción cuando se le corre vista de la requisitoria del fiscal, art. 349) o de oficio.

El nuevo Código no prevé trámite alguno a producirse como consecuencia de una u otra iniciativa, por lo que de ésta no se correrá vista previa a las partes como recaudo de su validez.

Puede ser total o parcial, por lo que podría abarcar, ya todos o algunos de los *hechos* endilgados a un sujeto; o a todos o algunos de los *sujetos* procesados por un mismo hecho. Respecto de los comprendidos, el proceso se extingue; en cambio, respecto de los no incluidos, el proceso sigue su curso.

Puede también ser *absoluto o relativo.*

Lo primero, cuando se hubiere dictado porque el hecho no existió, o existiendo no es delito (art. 336, incs. 2° y 3°, CPP). Ello es válido para todo imputado presente o futuro. Por falta de base no puede haber imputados, por lo que el sobreseimiento con el fundamento citado es absoluto; produce clausura definitiva.

Lo segundo, cuando existiendo el hecho delictivo, el imputado no es responsable, pero sí puede serlo otra persona. Hay base fáctica para buscarla. Se sobresee con relación al primero, pero es posible encontrar el segundo, por ello la clausura es relativa (art. 336, incs. 4° y 5°, CPP).

Dado que en el caso en análisis la clausura se produce sobre el fondo y, en su consecuencia, queda demostrado que ante el derecho penal no hay sujeto enrostrable, el dictado del sobreseimiento va siempre acompañado de la declaración de que la formación del proceso no ha afectado el buen nombre y honor de que el imputado gozare (art. 336, última parte, nuevo Código).

Hay dos casos en los que el juez de instrucción se encuentra en la obligación de proveer por sí o por no la procedencia del dictado de sobreseimiento en la instrucción. El primero se da cuando, tras indagar al imputado, dentro de los diez días de ello debe dictar procesamiento o sobreseimiento, si procediere, emitiendo al respecto auto fundado (art. 309). El otro caso se da cuando al final de la instrucción y tras vistas al fiscal y querellante, para el requerimiento de clausura y elevación, se corre traslado a la defensa y ésta se opone a la elevación y pide el sobreseimiento (art. 349).

En cambio, su dictado es obligatorio para el juez cuando, tras evacuadas las vistas conferidas, citadas, para la clausura de la instrucción, el fiscal no acusa y pide sobreseimiento y la cámara de apelaciones, en consulta, se lo imponga (art. 348, ap. 2°, última parte, CPP).

Pero existe una situación más, que se da ante el tribunal de juicio, y que es cuando se comprueba, sin necesidad de apertura a prueba, que el imputado obró en estado de inimputabilidad, o que quedare exento de pena por una ley penal más benigna, o que mediare a su respecto una excusa absolutoria (art. 361).

Sobre procedencia del sobreseimiento, sus exigencias y recaudos ha tenido oportunidad de pronunciarse la jurisprudencia [4].

[4] Corresponde sobreseer aun cuando no se ha dictado auto de procesamiento, pues si

2) Totalmente diferentes a los extremos de procedencia hasta aquí analizados —son los que, escapando a las previsiones de fondo que excluyen la actuación del derecho sustantivo por lo que hemos nominado inocuización del objeto procesal en alguno de sus extremos: hecho o sujeto—, *atacan al proceso mismo*, en su propia existencia, como medio de realización.

---

se considera que no hay mérito para procesar, y se mantiene incólume el estado de sospecha (art. 294) hasta tanto se incorporen nuevas probanzas que permitan reabrir el proceso o se declare extinguida la acción penal, situación que debe ser remediada agotando la investigación, es decir sin esperar que necesariamente concurran tales circunstancias.

El art. 309, CPP, en supuestos en los que ordena el dictado de un auto de falta de mérito, pero "sin perjuicio de proseguir la investigación", impone, no sólo por esta norma, agotarla, en el término legal prorrogable (art. 207), sino también para decidir en definitiva la situación procesal del imputado —cualquiera sea el resultado de la investigación— sobre la base de un principio constitucional, que así lo exige.

En la garantía de la defensa en juicio, consagrada en el art. 18, CN, debe reputarse incluido el derecho de los imputados a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término a la situación de incertidumbre que comporta el enjuiciamiento penal, así como el de ofrecer y producir pruebas y obtener un decisorio que las valore debidamente.

Conforme lo dispuesto por el art. 304, CPP, durante la instrucción el juez deberá investigar todo aquello que resulte pertinente y útil a que se hubiera referido el imputado, lo cual indica su derecho y la necesidad de resumir la calidad de insospechado; mas, como las decisiones sobre las diligencias propuestas son incontrovertibles (art. 199, CPP) y el indagado ni siquiera puede recurrir el auto de "falta de mérito", que deja subsistente la duda sobre su participación en un hecho delictivo, con mayor razón se impone la solución adelantada, pues lo contrario implicaría dejar tal situación sujeta a la sola apreciación subjetiva del juez instructor, lo que parece reñido con razones de sana lógica y estricta justicia.

Admitir que subsista la duda mediante el auto de falta de mérito, implicaría incorporar de un modo encubierto el instituto del sobreseimiento provisional previsto en la ley anterior, no contemplado en el nuevo Código y sobre cuya inutilidad práctica e incompatibilidad con la seguridad jurídica ya se ha expedido la doctrina.

Si la pretensión punitiva del Estado primero pone en duda el estado de inocencia y luego, tras una exhaustiva investigación, no logra transferir la "presunción de culpabilidad" al grado de certeza que se requiere para una declaración de responsabilidad, razones de equidad y justicia imponen exigir que aquel estado de inocencia, de esa manera cuestionado e innegablemente afectado, recupere la certitud originaria. Y ello debe ocurrir en el mismo camino transitado, es decir, durante el proceso, siendo el sobreseimiento el único remedio con que cuenta el Código de rito.

Así, a través del proceso penal, se obtiene el justo equilibrio entre el interés de la sociedad y el individual, tutelados simultáneamente mediante los actos que se agotan en aras de esa garantía.

Es de la esencia del principio de la progresividad, mediante la idea del impulso procesal y de la preclusión, evitar la omisión de las diligencias necesarias para que el proceso continúe y consolide sus pasos en procura de una investigación integral; la inacción constituye una suspensión de hecho no querida en la ley, por lo que corresponde preservar la finalidad de los principios enunciados, impidiendo que se altere el orden del proceso por una inactividad sin límite temporal alguno.

Lo que desaparece es el proceso; desaparece la forma; se trata de una extinción adjetiva (art. 336, inc. 1°, CPP).

La acción penal se extingue: por la muerte del imputado; por la amnistía; por la prescripción: por el pago total de la multa y la indemnización civil y por la renuncia del agraviado de los delitos de acción privada, en juicios especiales —para los cuales es aplicable el juicio común en lo que no fuere excepcionado— (arts. 59 y 64, CPen.).

Es claro que producida la muerte del imputado el proceso mismo es inocuo por falta de destinatario de la pena; en el caso de amnistía, lo es porque el precepto de la ley penal queda desconectado de la pena y resulta impotente para generar esta última (art. 75, inc. 20, CN); en el caso de la prescripción, el curso del tiempo mata la acción del Estado por falta de ejercicio y desaparece, por vía de consecuencia, el proceso.

En todos esos casos corresponde sobreseer en la causa. Pero no escapará a la consideración de nadie que no hay pronunciamiento alguno con relación al hecho y la responsabilidad del imputado, la que resulta una incógnita por la imposibilidad de abordar el objeto del proceso. Desapareció el proceso.

Por ello es que en este sobreseimiento no corresponde hacer la declaración de que no se afecta el buen nombre y honor del procesado.

Este tipo de sobreseimiento se puede dictar en cualquier etapa del proceso, en el momento que se presente la causal. Bien en el transcurso del sumario, como también durante todo el juicio, hasta el momento previo al dictado de la sentencia (art. 334, CPP).

c) Formas

En todos los casos el dictado de sobreseimiento lo será por auto fundado, en el que se analizarán las causales previstas por la ley procesal (art. 336) en el orden que se las señalan, siempre que ello fuere posible (art. 337).

La aplicación del art. 336, inc. 4°, CPP es pertinente tanto cuando el juez instructor tiene fundamentos positivos para afirmarlo, pero también cuando, concluida la instrucción, debe tomar alguna de las decisiones que la ley prevé, y no halla motivos para elevar la causa a juicio.

Habiendo recaído sobre alguien la sospecha de la declaración indagatoria sólo cabe afirmar, en el sentido de la ley, "que el delito no fue cometido por el imputado", sin que obste a ello la falta de procesamiento a su respecto.

El sobreseimiento podrá dictarse "en cualquier estado de la instrucción" (art. 334); procede cuando el delito no fue cometido por el procesado (art. 336, inc. 4°) y, en su caso, cuando se estimare que la instrucción está completa (art. 347, inc. 2°).

Cám. Fed. de San Martín, Lugones-Baral-Fossati, sala I, Sección Penal nro. 1, reg. 2804 (int.), 5/11/1992, "Chazarreta, Daniel s/inf. art. 292, Código Procesal", causa 3462.

Nota: Se citó CAFFERATA NORES, José, "Reflexiones en torno del desprocesamiento", JA, XI-1980-84.

d) Efectos

Los efectos que el sobreseimiento produce en todos los casos es el de cerrar definitiva e irrevocablemente el proceso con relación al imputado a cuyo favor se dicta (art. 335). Lo que se complementa, por vía de consecuencia, con la puesta en libertad inmediata del imputado si estuviere detenido, con la correspondiente comunicación de ello al Registro Nacional de Reincidencia. A ello se suma que si el sobreseimiento es total, esto es que no continúa el proceso respecto de persona alguna, se debe proveer de inmediato a la devolución de los efectos secuestrados, como que luego de cumplido ello se archivarán las actuaciones (art. 338).

e) Recursos

Todo auto de sobreseimiento es recurrible por parte del fiscal y del querellante por vía de apelación dentro de los tres días de notificado el auto que lo dispone. Dicho recurso no impide que el auto de sobreseimiento y sus efectos se cumplan, por cuanto no tiene efecto suspensivo.

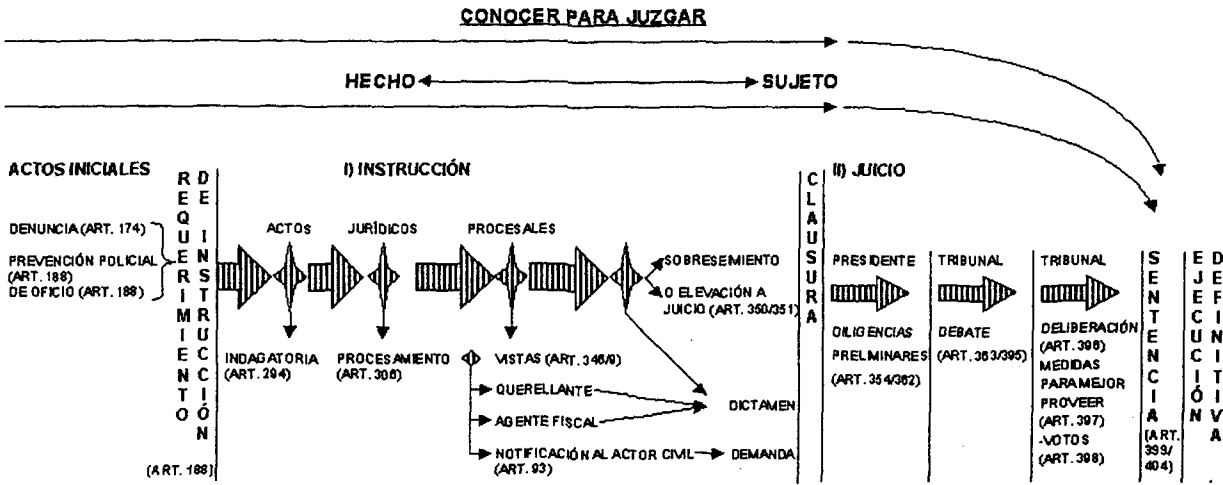
La defensa, beneficiada por el sobreseimiento, no puede apelar por falta de agravio, salvo el caso de que formalmente el auto no se ajuste al análisis de las causales previstas en el orden legal, o se derivare de la imposición de ello una medida de seguridad contra el imputado (art. 337).

f) Oportunidades en que se lo puede dictar durante el proceso

En síntesis, las oportunidades en que se puede sobreseer en el proceso penal son: a) el fundado en extinción de la acción penal, en todo el curso del proceso, en todas sus etapas (instrucción y juicio); b) el fundado en referencia al objeto procesal, sólo en instrucción, incluida la "suplementaria" de preliminar del juicio.

Comprobado el delito (art. 193, incs. 1° y 2°) y no su responsable (*idem*, inc. 3°) no procede sobreseer, sino, previa orden de individualización y captura, *archivar* las actuaciones durante el lapso de prescripción: agotado sobreseer (arts. 288, 290, inc. 2°; 344 y 336, inc. 1°).

SINOPSIS OBJETIVA DEL PROCESO PENAL
ETAPAS. CONTENIDO



Colaboración: Dra. Silvana Nioi de Bavio
(auxiliar docente de cátedra)

CAPÍTULO XV

EXCEPCIONES PROCESALES

SUMARIO: a) Concepto.— b) Enumeración y noción de cada una.— c) Clasificación.— d) Oportunidad de oposición y su número.— e) Procedimiento.— f) Efectos.— g) Recurso.

a) Concepto

La palabra "excepción" tiene un significado general en cuanto equivale a "defensa", por lo que a su respecto se impone distinguir su alcance.

Así, si ella se refiere a levantar, amainar, controvertir cargos acusatorios realizados en función del derecho de fondo que se aspira concretar al dictarse la sentencia, esa defensa será una excepción de fondo, material o sustancial.

En tanto que si ella se refiere a la anormalidad, improcedencia o extinción del proceso mismo por no adecuarse a las normas adjetivas o formales que lo regulan y hacen posible, esa defensa lo será para concretarse en etapas del proceso con aspiración a detenerlas en forma provisoria o definitiva, y será, así, una excepción formal, procesal o adjetiva.

En verdad y en síntesis, con la excepción de fondo o sustancial el sujeto se defiende del derecho o ley penal. En tanto que con la excepción procesal, formal o adjetiva, *se defiende del proceso* con prescindencia de la ley de fondo.

En el Código viejo la nominación del respectivo capítulo donde se las regulaba, luego de un acertado reajuste, iba encaminada a señalar su tipo, oportunidad, forma de trámite y ocasión de resolución.

Ello así por cuanto se refería a los "artículos de previo y de especial pronunciamiento", con lo cual señalaba de inicio dos clases: 1) las que se podían oponer durante todo el sumario y hasta la traba de la litis penal en el plenario, antes de contestar la acusación; 2) las que se introducían después y junto con esta última, tramitaban durante el plenario, dentro de la misma causa principal y se resolvían en la sentencia.

Las primeras eran las de previo pronunciamiento y las segundas las de especial pronunciamiento.

En aquéllas lo "previo" está referido a un tratamiento "anterior" al desarrollo del plenario. En las segundas, lo "especial" está referido —ya sobre todo debate cerrado— a un tratamiento concreto, específico, particularizado y anterior, ineludible, respecto del dictado de la sentencia.

En cambio, el nuevo Código borra esa distinción; elimina ese título del capítulo y lo nomina solamente "Excepciones" (Libro II - Título VI).

Y cuando en su letra se refiere a ellas en general, las llama excepciones de "previo y especial pronunciamiento". Remarcamos que dice sólo "y", con lo que convierte todo en un solo nombre. Ahora son de un solo tipo.

Lo que ocurre es que ello remarca que son *previas* a la entrada al "juicio" y en él al "debate" y deben recibir un *especial* tratamiento; preferente tratamiento.

Ésta es la razón por la que estas defensas formales hoy sólo pueden ser opuestas *antes* de entrar al "debate"; pretenden evitar esa etapa del proceso. Por ello el Código dice en su art. 339 que sólo podrán interponerse durante la instrucción.

Este límite final no es bastante claro en el Código citado, por cuanto permite que después de la clausura del período instructorio, ellas puedan ser opuestas en la etapa preliminar del "juicio". Pero en síntesis todas aspiran a *no* entrar al "debate", que es el núcleo del "juicio".

Si tal acceso al "debate" se corta, lo cierto es que el proceso se interrumpe. Si esa interrupción fuere definitiva —dado el tipo de excepción triunfante— lo cierto es que el proceso terminó y el resultado es el dictado de un sobreseimiento. Se evitó todo un trámite posterior inútil.

Esta resolución, fundada en ese tipo de defensa, en cuanto termina con el proceso, en verdad es una verdadera sentencia; pero esa sentencia, por cierto que definitiva, es formal en cuanto, ajena al derecho de fondo, extingue sólo el proceso. Por ello se las llama "sentencias formales" que "deciden artículo", o lisa y llanamente "autos que pongan fin a la acción, o hagan imposible que continúen las actuaciones".

b) Enumeración y noción de cada una

El Código, en el art. 339 citado, enuncia las excepciones oponibles, pero no las limita como expresamente lo hacía el Código viejo, en cuanto imponía a las que señalaba como únicas.

Respecto de esta antigua limitación, la doctrina y la jurisprudencia llegaron a sostener que ella se había impuesto por el legislador como barrera

para que no se cometieran abusos, pero que en verdad, bajo sus formas generales, se podían introducir otras defensas formales.

El nuevo Código no establece en forma expresa esa limitación. Enuncia las defensas y nada más. Queda abierta con límites mucho más amplios la posibilidad introducida por la citada doctrina y jurisprudencia. Pareciera que hoy se ha superado esa mezquindad de la antigua ley. Hoy la enumeración no sería de número cerrado.

Más aún, el argumento legal de que se establecía el número cerrado para evitar el abuso dilatorio de mala fe de las partes, desaparecería en gran medida por la extraordinaria facultad acordada al tribunal de poder rechazar sin más trámite las excepciones que fueren manifiestamente improcedentes. Si bien ella se limita al preliminar del "juicio" (art. 358), se da muestra clara de la autorización acordada por la ley a la discrecionalidad técnica del juez para custodiar el normal desarrollo del proceso.

La nueva ley "concentra" la antigua enumeración en sólo dos incisos de su letra. El primero comprende la *falta de jurisdicción o de competencia*, temperamento que no se diferencia del viejo Código. Pero después, en el segundo, incluye masivamente todo lo que este último discriminaba.

Esta indiscriminación se da porque la nueva ley señala únicamente la falta de acción. Pero a su respecto nuclea: porque no pudo *promoverse*, porque no fue legalmente *promovida*, porque no pudo ser *proseguida*, o estuviere *extinguida* (art. 339).

Ello torna necesario, por lo menos de inicio, recurrir a la tabla enunciativa y de desarrollo del viejo Código. De esa suerte se da contenido a que "no pudo promoverse", con la "falta de acción"; que no pudo ser promovida, con la "litispendencia" y "cosa juzgada"; estuviere extinguida, con la "amnistía", "indulto", "prescripción". Incluyendo la muerte del imputado; y, además, las excusas absolutorias.

Así la nomenclatura del art. 339, en el inc. 2° tendría el siguiente valor:

1) *Falta de acción en el acusador*, se da cuando este sujeto no se encuentra, respecto del objeto procesal concreto, en condiciones jurídicas de promover o proseguir la persecución;

2) *Falta de personalidad* en el acusador o en su representante, se da cuando el primero no reúne las condiciones subjetivas requeridas para asumir ese papel en un número indeterminado de procesos.

En tanto que respecto del representante del mismo se da la carencia de personalidad cuando no reúne las condiciones subjetivas para asumir esa representación en un número indeterminado de procesos o cuando no ha sido debidamente apoderado.

Mediante esta excepción se opone a que el acusador o sus representantes, a los que falta personalidad procesal, continúen interviniendo en el proceso.

3) *Cosa juzgada* sobre los mismos hechos que dan origen al procedimiento, no siendo indispensable que sea sólo una sentencia, sino que también puede serlo toda otra resolución jurisdiccional que importe un pronunciamiento sobre el fondo: sobreseimiento con presupuestos materiales, o desestimación por inexistencia de delito.

Sólo interesa la existencia de tal pronunciamiento, con las identidades de ley, aun cuando haya sido dictado por otro tribunal, pues este último extremo es indiferente a este efecto.

4) *Amnistía*: Pronunciamiento legislativo con carácter general por el cual se desconecta el precepto de la sanción en la ley penal, por lo que esta última no opera efecto sancionatorio penal y si lo hubiere hecho antes de la ley de amnistía, sus efectos se extinguen. Sólo resta la responsabilidad civil (art. 67, inc. 27, CCiv.).

Ante tal inocuidad de la ley penal, en el caso concreto y en lo que hace a lo en ella previsto, determina que el proceso no tenga objetivo, por lo que la excepción formal es procedente.

5) *Indulto*: Éste es el perdón del Poder Ejecutivo en su facultad cojudicial, por el que en cada caso concreto puede dejar sin efecto la ejecución de la pena ya impuesta (art. 99, inc. 5°, CN).

Si el hecho generador de la condena indultada, fuere repuesto en otro proceso, la excepción de indulto demuestra la inocuidad del nuevo proceso.

6) *Litispendencia*: Procede esta excepción cuando se encuentra en trámite otro proceso penal, entre cuyo objeto y el del proceso en que aquélla se deduce, existiese la misma identidad requerida para la cosa juzgada. La repetición procesal torna inocua la segunda actuación. Su descarte se consigue por medio de esta excepción.

7) *Prescripción de la acción*: El tiempo transcurrido en los límites previstos por la ley penal, sin actividad procesal, ataca la vida de la acción respectiva y al agotarse la extingue.

El Estado ya sin acción no puede realizar persecución alguna, el proceso carece de vida.

Ésta es la razón por la cual esta excepción de prescripción puede oponerse en cualquier estado del proceso, aun superados los límites indicados por los arts. 339 y 358, es decir, durante todo el debate, el período siguiente e, incluso, si mediare la intervención de otra instancia, también en ella.

Más aún, su particularidad llega a que, como ella compromete el orden público, es levantable de oficio, esto es que cuando el órgano público

toma conocimiento de que se ha operado, el mismo la promueve, con o sin forma de excepción, con o sin incidente.

c) Clasificación

Estas defensas formales que son las excepciones, se clasifican hoy, conforme con el nuevo Código, en: dilatorias y perentorias. Quedando erradicada la que las divide en "previas" y en "especial pronunciamiento".

Las dilatorias son las que sólo demoran el trámite del proceso hasta que el impedimento que lo determinó sea obviado. El caso más claro es el de la "litispendencia" y el grupo de las de "falta de jurisdicción y competencia".

Las perentorias son las que tienen la potencia de terminar con el proceso en forma definitiva. Claros son a este respecto, la prescripción de la acción, el indulto, la amnistía, la cosa juzgada.

d) Oportunidad de oposición y su número

Según ya lo hemos adelantado, estas defensas formales, hoy, conforme con el nuevo Código, en general sólo pueden ser opuestas en el curso de la instrucción.

Particularizado ese período se dan las siguientes etapas:

1) todo su curso, desde el inicio del mismo con el avocamiento hasta el auto de clausura y elevación, firme y ejecutoriado.

En este período la oportunidad puede ser cualquiera durante todo el curso, pero en lo que hace a su final, la ley establece concretamente que la defensa puede oponerlas al corrérsele traslado de la requisitoria acusatoria y elevación (art. 349, inc. 1°);

2) luego de cerrada la instrucción, se puede oponer por las partes en los actos preliminares del "juicio", ya radicadas las actuaciones ante el tribunal criminal, es decir en el tribunal de juicio (art. 358).

Surge de lo expuesto que la ley aparentemente no guarda congruencia consigo misma, desde el momento que reglamenta oportunidad de oposición una vez clausurado el lapso instructorio (art. 353). Pero según nuestro criterio, las fórmulas legales disidentes deben ser interpretadas en el sentido de que: 1) la finalidad declarada por la ley en orden a las excepciones es la de evitar la entrada al "debate"; 2) si bien la clausura de la instrucción se opera con la requisitoria de la acusación y el auto respectivo, ello no se refiere sino al período procesal —etapa instructoria—, pero no a la actividad de adquisición de conocimiento, por cuanto respecto de esta última se admite su continuación en los actos preliminares del juicio, entre los cuales se

incluye la posibilidad de producir "instrucción suplementaria", y claramente dice: "*Antes del debate... el presidente... podrá ordenar los actos de instrucción indispensables que se hubieren omitido o denegado...*" (art. 357). Con lo cual se podría armonizar la letra del art. 339: "*Durante la instrucción, las partes podrán interponer las siguientes excepciones...*", con la del art. 358: "*Antes de fijada la audiencia para el debate, las partes podrán deducir las excepciones...*".

En cuanto a cuántas de ellas se pueden oponer y en cuántas oportunidades, la ley nueva terminó con la libertad que acordaba la vieja, en cuanto que en instrucción se podían poner de las que se dispusiere, todas juntas o una por vez.

Hoy si concurrieren dos o más excepciones deberán interponerse conjuntamente. Parecería ser más conveniente por cuanto se termina con una posibilidad dilatoria del curso del proceso, en torno y a la cual podrían producirse abusos sin sentido (art. 359, última parte).

Lo que ocurre es que el nuevo Código no parece ser congruente consigo mismo por cuanto después de haber realizado esa afirmación (art. 339, última parte, cit.), al imponer que el defensor al contestar el traslado de la acusación requerimiento (art. 349, cit.) puede "deducir excepciones no interpuestas con anterioridad" —inc. 1°—, parecería ser que puede hacerlo con las que hubiere omitido antes. Pero mucho menos claro es el art. 358, ya en el "juicio" en cuanto permite la oposición, a las partes, de las excepciones "*...que no hayan planteado con anterioridad...*".

De lo resaltado parecería que la oposición de las excepciones de que se disponga se puede realizar sucesivamente, fraccionándolos.

Entendemos que siendo terminante el mandato del art. 339 —última parte—: "*...deberán interponerse conjuntamente...*", las posibilidades de oposición posterior sólo se refieren a ello: oportunidad de oposición, *pero todas juntas*. Por ello la fórmula legal debió decir o, ahora, interpretarse, "deducir excepciones cuando ello no hubiere ocurrido con anterioridad", es decir: cuando la defensa formal no hubiere sido aún usada. Pero todas juntas.

Lo mismo deberá pensarse de la fórmula del art. 358, que sería: "...deducir excepciones cuando ello no haya ocurrido con anterioridad...", pero todas juntas.

e) Procedimiento

En lo que hace, procesalmente, a quienes pueden oponerlas, la claridad del Código viejo no se presenta en el nuevo desde que en aquél era cla-

ramente una medida de defensa, y en su letra se decía que de la oposición se corría vista al fiscal y al querellante, cosa que indicaba que sólo podía interponer la defensa.

Hoy se dice que *las partes* (art. 339) la pueden oponer; de ella se correrá vista al fiscal y *a las otras partes* (art. 340) y la resolución será apelable por *las partes* (art. 345). Las partes, por cierto, son todas y no sólo la defensa.

Todas estas defensas formales deben deducirse por escrito y tras su articulación se deberán ofrecer todas las pruebas sobre las cuales se sustenta su procedencia. Todo en un mismo acto.

Con ese escrito se abre un incidente. La vía incidental es la única para la tramitación de estas defensas formales. No se interrumpe el curso del principal.

Abierto el incidente, de su escrito inicial se correrá traslado al fiscal y a las otras partes por el término de tres días que, aunque el Código no lo dice, es el término para todos los casos en general, siempre que no se prevea especialmente otro más corto o más largo (arts. 340 y 158 y 161).

Después de contestados los traslados, si es necesario se abrirá el incidente a prueba por el término de quince días, al cabo de los cuales se designa una audiencia a la que concurren las partes para alegar oral y sintéticamente sobre el mérito de la prueba producida. De todo ello se labra acta (art. 341).

Inmediatamente se dicta la resolución, haciendo lugar o rechazando las excepciones.

f) Efectos

En cuanto a los efectos de su aceptación, ellos son diferentes según la clase de excepción.

Si se hiciere lugar a la de falta de competencia o falta de jurisdicción, las actuaciones serán remitidas, una vez firme, al tribunal que debe intervenir (art. 342).

Si triunfare una perentoria, se sobreseerá en el proceso y se ordenará la inmediata libertad del imputado si estuviere detenido (art. 343, ver arts. 334, *in fine*, y 336, inc. 1°).

En el caso de que se tratara de una dilatoria, se ordenará el archivo de las actuaciones hasta que la anormalidad que ella implica sea salvada. Por cierto que se ponen en libertad los que estuvieren detenidos (art. 344).

g) Recurso

El auto que resuelve el incidente será apelable por las partes en el término de tres días.

Este recurso es para ante la cámara de apelaciones.

Tal posibilidad de impugnación recursiva rige sólo para el caso de las excepciones deducidas y resueltas ante el juez instructor y no para el de que lo fueran ante el tribunal de juicio, por cuanto aquí, siendo que la actuación es de instancia única, no hay recurso de apelación. Tampoco lo hay de reposición por cuanto, dado que la resolución se dicta previa intervención de todas las partes, este recurso es improcedente (arts. 25 y 446, CPP).

CAPÍTULO XVI

JUICIO

SUMARIO: I. Juicio: 1. Concepto; 2. Etapas; 3. Caracteres: a) Público; b) Oral; c) Continuidad; Suspensión extraordinaria; d) Contradictorio; 4. Clases: común y especiales.— II. Procedimientos preliminares para la elevación a juicio.— III. Órgano: a) Audiencias; b) Poder de policía en las audiencias; c) Dirección del debate.

I. JUICIO

1. Concepto

Es la segunda etapa del proceso penal; aquella en la que se maneja por los sujetos del mismo el material probatorio (tanto del hecho como del imputado) colectado durante la etapa instructoria que le precedió y con la posibilidad de ampliarlo, complementarlo y discutirlo con la finalidad de arribar a una resolución final y definitiva que concrete la actuación del derecho penal material y también, en su caso, la del civil.

La primera etapa, que es necesaria y oficiosa en todos los casos de delitos de acción pública y dependiente de instancia privada ejercitada —que debe ser cumplida sin excepción y está a cargo de un juez de instrucción—, tiene por objeto acreditar la existencia del hecho, como también y a su respecto, que él es constitutivo de delito, que por él es responsable el o los imputados; agregando a todo ello y por ello el aseguramiento físico de éste o éstos para que en su momento el cumplimiento de la pena sea posible; por la misma razón se produce el aseguramiento patrimonial para responder, en su momento, por los costos, las costas y responsabilidades emergentes del hecho delictivo.

Sobre el mérito de este acopio de material se expide en su momento el juez de instrucción y eventualmente la cámara de apelaciones, previo dictamen del fiscal y querellante. Si este pronunciamiento es positivo todo lo actuado es elevado al tribunal del crimen, que es el que tramita y resuelve el juicio. Ésta es precisamente la etapa del *juicio* a la que venimos haciendo referencia.

La etapa de *juicio* se extiende desde la citación a juicio (art. 354) hasta que, dictada la sentencia (arts. 399 a 403), ella queda firme. Su ejecución está a cargo de jueces de ejecución (art. 491).

2. Etapas

El juicio comprende tres etapas, sin perjuicio de que cada una de ellas pueda, a su vez, comprender varios pasos de desarrollo (arts. 354 a 404).

La primera es la que se nomina "actos preliminares", se tramita casi toda ante el presidente del tribunal, ofrece varias posibilidades y es de trámite *escrito* (arts. 354 a 362).

La segunda es la que se rotula "actos de debate", se tramita por ante el tribunal, se inicia con un acto de apertura formal, ofrece varios pasos y posibilidades pero su núcleo es la lectura de la acusación, indagatoria del o los procesados, producción de la prueba, alegatos sobre la producida, acusación, defensa, acta de reseña, que se cumple una vez cerrado el debate (arts. 374 a 395). *Es oral.*

La tercera es la de deliberación del tribunal, la forma en que lo hace, los pasos que debe cumplir, la posibilidad de medidas para mejor proveer y dictado de la sentencia y su notificación (arts. 396 a 404). Votos y sentencia escritas, comunicadas *oralmente*.

3. Caracteres

El debate, que es el juicio propiamente dicho, ofrece los caracteres distintivos del sistema procesal acusatorio que es aquel sobre el que se estructura.

Así es:

a) Público

Se realiza en audiencias a la que tiene acceso el público, instancia ésta que asegura el contralor del mismo en todos y cada uno de sus actos, tanto en lo que hace a la regularidad de los mismos, como también en lo que respecta a la capacidad de actuación de cada uno de los sujetos intervinientes: jueces, fiscal, querellante, actor civil, por un lado, y por el otro, procesado, defensa, demandado civil.

Este carácter puede declinarse en algunos casos como es el de que por la misma naturaleza del hecho juzgado se afectare la moral, el orden público o la seguridad, en cuyo caso por auto fundado se puede decretar el secre-

to de debate hasta que cesen las circunstancias determinantes. Esta resolución debe hacerse constar en el acta final (art. 363).

El secreto también existe como regla en los casos de proceso en que se insertan menores como víctimas o autores del delito (art. 413).

Se limita el acceso del público al debate por cuanto se prohíbe la entrada a la audiencia de los menores de 18 años, de los condenados y procesados por delitos reprimidos con pena privativa de libertad; de los ebrios y dementes. Pudiendo excluirse de la sala a los que afecten el orden, higiene, moralidad y decoro (art. 364).

b) Oral

La comunicación tanto entre los sujetos del proceso mismo (juez, fiscal, querellante, actor civil-procesado; defensor y demandado civil) como con los terceros que a él llegan (testigos, peritos, intérpretes, informantes, etc., empleados y público) se hace por la palabra hablada: *oralidad.* Ello lleva a la total inmediación entre su emisor y el receptor, lo que permite una vivencia total del hecho, sus circunstancias, veracidad, impresiones, etc., y por encima de todo: velocidad en el desarrollo de los actos procesales de investigación.

Hay casos en que ella es dejada sin efecto parcialmente. Ello acaece en la primera etapa de juicio, en la que los actos preliminares del debate son escritos: ofrecimiento de prueba, recusación del tribunal, instrucción suplementaria, oposición de excepciones, fijación de audiencia de debate, etc. (arts. 354 a 362).

Hay pruebas que se deben producir por escrito por razones de su propia naturaleza en cuanto suponen compulsa de libros, contabilidades, archivos, etc., entonces el informe que ella genera se produce por escrito y se agrega al respectivo cuaderno de prueba, sin perjuicio de que luego se lea en la audiencia pública.

Hay testigos que por su privilegio funcional (presidente de la Nación, ministros, jueces, etc.), pueden declarar por escrito, con el mismo trámite señalado en el punto anterior (art. 250).

Este procedimiento de leer en la audiencia los actos escritos implica la *oralización*, y se lo ve también cuando se leen en la audiencia pública las constancias de una pericia, los dichos de un testigo, y por encima de todo: se abre el "debate" con la lectura del dictamen de requerimiento del fiscal (acusación) al inicio del juicio.

La sentencia que se dicte al final del juicio es escrita y se agrega a las actuaciones, pero se la debe leer en la audiencia pública bajo pena de nulidad (art. 400).

Sin *desnaturalizar* este carácter de la oralidad, según la calidad del proceso, su complejidad y su volumen, el tribunal puede disponer que el secretario después de cada acto extracte su contenido sobresaliente y luego al final vuelque todo en el acta de ley. Puede también en auto fundado disponer que se graben los actos o que se tome de ellos versión taquigráfica (art. 395).

c) Continuidad

El debate una vez abierto es continuo y no puede suspenderse en su trámite, por lo que las audiencias en que se realiza deben ser cumplidas día tras día tomando el curso de cada uno.

Este carácter se debe a la vigencia de los dos aspectos ya explicados (oralidad y publicidad) por cuanto los jueces que aquí intervienen, fuera de las notas que puedan llevar y los extractos ya citados, retienen todo en la mente, lo mismo que las partes, por lo que se impone su intervención en el dictado de la sentencia en la aspiración de la mayor memoria de cada paso.

Este carácter, al igual que los anteriores, recibe excepciones por parte de la ley recogiendo la realidad, en cada caso previsto. Así:

Podrá suspenderse esa continuidad, hasta no más de diez días, cuando: 1) se deba resolver alguna cuestión incidental que por su naturaleza no pueda decidirse inmediatamente; 2) cuando sea necesario practicar algún acto que no pueda cumplirse entre una y otra sesión; 3) cuando dejen de comparecer los testigos, peritos e intérpretes citados para la audiencia y no se los pudiere suplir con la presencia de otros dejando para otra la deposición de los ausentes; 4) cuando se enfermaren los jueces, el fiscal, o el defensor, o el imputado mismo. El fiscal o el defensor podrán ser reemplazados. La enfermedad del procesado puede generar la suspensión, o no, según la previsión legal; 5) cuando se produjere un acontecimiento extraordinario con notable incidencia en el curso del proceso; 6) cuando lo pida el defensor porque el fiscal amplió la acusación.

Esa suspensión será decretada por auto fundado y se hará saber a las partes cuándo se continuará, lo que ocurrirá desde el último acto en adelante.

Pero si la suspensión excediere los diez días máximos que hemos citado, deberá repetirse el debate (art. 365).

Suspensión extraordinaria

Además de la suspensión del curso del debate prevista por el art. 365, analizada precedentemente, y de la postergación extraordinaria impuesta por el art. 367, para el supuesto de que el procesado se fugare y que durará

hasta que el mismo sea detenido, se ha agregado por ley 25.770 del 11 de setiembre de 2003, otra que se la rotula "suspensión extraordinaria".

Ésta contempla el caso de debates que por la complejidad de los procesos, la cantidad de partícipes en multiplicidad de hechos y circunstancias, se presenten como que van a demandar una duración superior a 10 (diez) días. Para esos supuestos se prevé que el tribunal requiera a la Corte Suprema de Justicia de la Nación que de entre una lista de conjueces que llevará al efecto, designe un juez sustituto que se incorporará al tribunal sin integrarlo, con las mismas obligaciones y facultades que los titulares, pero sin poder decidir incidencias ni dictar sentencia.

Todo ello está referido únicamente al evento de que algún juez titular no pudiere, por enfermedad o muerte, continuar su función (art. 365, inc. 4°, CPP). Si se diere tal situación, transcurridos los diez días de suspensión ordinaria prevista por el art. 365, 1ª parte, CPP), el juez sustituto pasará a integrar el tribunal en calidad de juez titular del mismo con la facultad de resolver incidencias y sentencias.

Esta previsión extiende sus efectos postergatorios a los plazos previstos para el dictado de la sentencia luego de cerrado el debate (art. 400, CPP), que de 5 (cinco) días, lo extiende a 10 (diez), 20 (veinte) o 40 (cuarenta), según el menor o mayor lapso de suspensión.

d) Contradictorio

En esta etapa las partes exponen sus respectivas afirmaciones —defensas— y las discuten —debate— produciendo la prueba en que se sustentan.

4. Clases: común y especiales

La sistemática a que se ajusta el nuevo Código Procesal para regular esta etapa del juicio, es la de tratar en forma amplia y detallada lo que rotula "juicio común", el que se presenta para todos los casos (arts. 354 a 404). Sobre esta regulación que acciona como común denominador, adiciona, suprime o modifica, mediante previsiones especiales parciales, las que se avienen a la concreta naturaleza de casos que por demandar esa adecuación son en verdad especiales (arts. 405 a 431).

Así, en cada una de estas últimas, la regulación legal que las prevé, dice que el proceso se regula por las normas del juicio común (arts. 405 a 410 y 431); excepción hecha de lo que no procede en la especialización y les impone en cada caso las procedentes.

Tras el "juicio común", los "juicios especiales", en este Código son: juicio correccional; juicio de menores; juicio por delitos de acción privada, y juicio abreviado.

II. Procedimientos preliminares para la elevación a juicio

Por cierto que la decisión de entrar a juicio puede hacerse sólo sobre el material que brinda la instrucción. Respecto de éste es que se emite la valoración de su mérito. Si él es positivo se provee por la ley la forma de elevar las actuaciones a la etapa subsiguiente: el juicio. Pero si no lo fuere, si la instrucción no tuviere mérito, el resultado será el sobreseimiento del proceso y en consecuencia su terminación.

Esta etapa de valoración y decisión está ubicada dentro de la instrucción y en ésta a su final. Minuciosamente regulada va cubriendo varias posibilidades, por lo que se la ha denominado "procedimientos preliminares para la elevación a juicio", por nuestra parte (arts. 346 a 352).

Decimos que está ubicada dentro de la instrucción al final de la primera etapa, por cuanto se supone cumplida su propia finalidad por el juez, que es la fijada por el art. 193, en cuanto dice 1) comprobar si existe un hecho delictuoso; 2) establecer las circunstancias que lo califiquen, lo agraven, atenúen o justifiquen o influyan en su punibilidad; 3) individualizar a sus partícipes; 4) verificar todas las características personales que puedan influir en la mayor o menor peligrosidad del procesado, conforme lo previsto por el art. 41, CPen.; 5) comprobar la extensión del daño causado por el delito aun cuando el damnificado no se hubiere constituido en actor civil.

Además de ello, que el juez hubiere decretado el procesamiento del imputado (art. 346).

Cumplidas esas condiciones, el juez debe correr vista sucesiva a la parte querellante y al fiscal por el término de seis días, prorrogables por otros seis en forma excepcional para los casos graves y complejos.

Tanto el fiscal como el querellante deberán expedirse de las siguientes formas:

1) Proponiendo la realización de medidas que se hubieren omitido por la instrucción en cuyo caso, por recibido el dictamen por el juez, las decretará si lo estima procedente; o las rechazará en caso contrario y en ambos casos correrá nueva vista.

2) Requiriendo en dictamen fundado expresamente, repetimos: en dictamen fundado, por cuanto el no hacerlo implica su nulidad. Los fundamentos deben abarcar: nombre y apellido y demás actos personales del pro-

cesado; una relación clara y precisa y circunstanciada de los hechos que se estiman probados, la responsabilidad del imputado y la calificación legal del hecho y de la participación y, además, una exposición sucinta de los motivos en que se funda (art. 347).

En este caso, por recibido el requerimiento el juez debe correr traslado a la defensa para que ella se expida, ya oponiendo excepciones procesales de previo y especial pronunciamiento, ya oponiéndose al requerimiento de elevación y solicitando en su contra que se sobresea en la causa. Para todo ello tiene un término de seis días improrrogables (art. 349).

El juez se encuentra obligado a proveer, ya a las excepciones en su caso, ya al pedido de sobreseimiento en auto fundado que, si hiciere lugar, es apelable por las otras partes.

Pero si lo rechaza, debe expedirse sobre el requerimiento de elevación, para lo cual debe dictar un auto fundado que se llama "auto de elevación", el cual en sus fundamentos debe abarcar: fecha, datos personales del imputado, el nombre y domicilio del actor civil, del civilmente demandado, una relación clara, precisa y circunstanciada, su calificación legal y la parte dispositiva.

Dicho auto, además, debe indicar cómo quedó trabada la litis en materia civil. Si hubo demanda, cómo se la contestó y si hubo reconvención cómo se la contestó también.

Debe agregarse en esta parte que esas diligencias preliminares del juicio, incluyen también toda la preparación del juicio civil inserto en el penal, por lo que el auto de vista del art. 346 debe notificarse también al actor civil ya constituido, quien tiene tres días para interponer demanda con ajuste a las formas impuestas por el Código Procesal Civil y Comercial y el demandado —el mismo imputado— o en su caso el civil tercero responsable, tienen el término de seis días para contestar también conforme las formas procesales citadas.

Esa forma en que queda constituida la entrada al juicio es inamovible y así, por clausurada la instrucción, se eleva a juicio (arts. 349, 350, 351 y 352).

Para el otro caso, que es el que surge cuando la defensa no contesta el requerimiento de elevación, el juez resuelve directamente por decreto simple enviando las actuaciones al tribunal del crimen, el del juicio (ver art. 349, último apéndice).

3) *Pero* existe otra variante, cual es la de que el fiscal no requiera y pida al juez el sobreseimiento. Si el juez está de acuerdo, lo decreta. Pero si hubiere también querellante y éste hubiera requerido el pase a juicio, el juez no lo puede hacer, no puede sobreseer lisa y llanamente como le pide el fiscal. En este caso, y aun cuando el fiscal pidiere sobreseimiento actuan-

do solo o con el querellante, pero éste pidiere la elevación, el juez tiene la obligación de elevar las actuaciones a la cámara de apelaciones para que ésta se expida sobre el punto. Si este tribunal resuelve que debe dictarse el sobreseimiento el juez está obligado a hacerlo. Si la cámara resuelve que debe pasar a juicio, se cambia por el fiscal de cámara el actuante en el tribunal de juicio y este nuevo fiscal debe obligatoriamente expedir la requisitoria de elevación (art. 348).

Con ella, en realidad se ha producido la acusación. Con esta requisitoria aceptada, el decreto simple o el auto de elevación, en su caso, se produce la clausura del sumario (art. 353).

Esta clausura es revertible porque cuando las actuaciones entran en el tribunal del crimen —en la etapa del juicio— el presidente tiene una facultad de contralor de regularidad de cumplimiento de sus requisitos por parte del juez de instrucción. Si éstos no están cumplidos, se devuelve el proceso a instrucción para que se complete, y por ende debe repetirse el trámite explicado. O, por el contrario, se admite la radicación y se da vista a las partes para que se expidan (art. 354).

En este momento terminó la instrucción como etapa y comenzó la del juicio.

III. Órgano

Todo el desarrollo de la etapa del juicio y la emisión de la sentencia, lo cual implica haber juzgado, se cumple ante un mismo órgano que actúa en instancia única.

Para la justicia federal y para la criminal de la Capital Federal, el órgano instituido por el Código Procesal Penal es un tribunal colegiado que se nomina, para la primera, Tribunal Federal en lo Criminal (art. 32) y para la segunda, Tribunal en lo Criminal (art. 25). Por cierto que en ambos casos la regulación del juicio que por ante ellas tramite será la del juicio común.

Pero, para el caso de los juicios especiales, los órganos que intervienen en el juzgamiento en instancia única, como órganos del juicio, son diferentes y también especiales. Así, en el *juicio* correccional el órgano de la etapa del juicio, es el mismo juez correccional que instruyó el sumario el que tiene durante el "juicio" las mismas atribuciones que se le acuerdan al presidente del tribunal y también las atribuciones de éste. Por ello ante este juez se desarrolla todo el trámite con su *especialización* y él es el que delibera y dicta la sentencia (art. 409).

En el de menores, el órgano de la etapa de juicio es el juez de menores si el delito juzgado es de pena no privativa de libertad, o siendo de éstas no excede de tres años. Y en caso de exceder dichos tres años, el que interviene es el Tribunal de Menores (art. 28). En este caso el juez de menores, actúa como de instrucción e instruye solamente y el que juzga es el tribunal (art. 29).

Por supuesto que para poder funcionar, todo lo expuesto necesita de una ley que organice los tribunales (ver art. 539).

a) Audiencias

En la etapa del "juicio", superado el primer estadio que son los actos preliminares, en el desarrollo del "debate" y dictado de sentencia, la actuación se lleva a cabo en audiencias sucesivas escalonadas hasta la finalización del juicio.

A ellos deben asistir obligatoriamente tanto el fiscal como el defensor y si no lo hicieren en forma justificada, además de sancionados, pueden ser reemplazados (art. 36).

También concurrirá el imputado quien debe hacerlo en forma *libre en su persona*, sin perjuicio de que esté custodiado para evitar su fuga. Pero, se repite, en su persona física no puede aplicarse ninguna traba. Si luego se niega a entrar, o entrando se niega a permanecer puede salir; se lo alojará entonces en una dependencia contigua del tribunal en forma permanente pero a disposición del mismo, ya que si fuera necesaria su presencia para un reconocimiento, el tribunal lo llamará y si se niega, puede ser conducido por la fuerza pública. Si el reo estuviera en libertad debe ser citado para que concurra y si no lo hiciera se le hará detener y concurrir y permanecerá detenido (art. 366).

b) Poder de policía en las audiencias

El poder de policía en dichas audiencias lo tiene el presidente del tribunal sobre todos los que asistan al acto, ya como público, ya como terceros citados.

Es el que controla la obligación que tiene el público asistente a la audiencia de permanecer respetuosamente y en silencio; no pudiendo llevar armas u otras cosas aptas para molestar y ofender, ni adoptar una conducta intimidatoria, provocativa o contraria al orden y decoro debidos, ni producir disturbios o manifestar de cualquier modo opiniones o sentimientos (art. 369).

La infracción a ello y toda expresión de indisciplina puede ser corregida en el acto por el presidente con llamados de atención, apercibimientos,

multas de acuerdo con el porcentual que establece el art. 159 que puede llegar al monto equivalente al diez por ciento (10%) del sueldo del juez. Además de la sanción se puede expulsar al infractor de la sala de audiencias.

En cambio, si el infractor fuere alguna de las partes, la sanción la aplicará el tribunal en pleno.

Si el expulsado fuere el imputado, será representado en todo por el defensor.

Si la infracción fuere constitutiva de delito se ordenará levantar acta que se incluirá en el proceso y se pondrán la misma y el infractor a disposición del juez competente (ver arts. 369, 370, 371).

Todas las resoluciones dictadas con relación a los puntos precedentes, serán verbales y se dejará constancia de ello en el acta final (art. 372).

Las audiencias tendrán lugar en la sala del tribunal, pero si éste lo estima más conveniente para el desarrollo del proceso, podrá serlo en otro lugar siempre que sea dentro de su circunscripción (art. 373).

c) Dirección del debate

El presidente dirigirá el debate, ordenará las lecturas necesarias, hará las advertencias legales, recibirá juramento y declaraciones, moderará la discusión impidiendo preguntas o derivaciones impertinentes o que no conduzcan al esclarecimiento de la verdad, sin coartar por esto el ejercicio de la acusación ni la libertad de defensa.

Será el presidente el que abra el debate y controle la presencia obligatoria de las partes y de todas las demás personas citadas. Advertirá al procesado que preste atención y ordenará al secretario leer la acusación (requerimiento fiscal o auto de elevación). Y, después de ello, tendrá la obligación de indagar a los procesados y, si se negaran, ordenará la lectura de sus indagatorias en instrucción. Luego seguirá dirigiendo todos y cada uno de los actos del debate ordenando al final lo necesario para la discusión de clausura y la invitación a los procesados para que hablen y, si lo hacen o no, luego declarará cerrado el debate (ver arts. 375, 374, 378 y 393).

Todas estas facultades las asumen en los juicios especiales los jueces que actúen en instancia única o, en su caso, el tribunal especializado que deba juzgar.

CAPÍTULO XVII

ANÁLISIS DE CADA ETAPA DEL JUICIO

SUMARIO: I. Etapas en que se divide el juicio: a) Diligencias preliminares; b) Debate; Acta del debate; c) Deliberación y sentencia; Crítica doctrinaria y jurisprudencial.— II. La acusación: a) Concepto; b) Oportunidades; c) Formas; d) Función; e) Pedido de absolución del fiscal al formular su alegato sobre la prueba al cierre del debate.— III. La defensa: a) Concepto; b) Oportunidades.— IV. Sistema que rige los medios de prueba y su valoración.

I. ETAPAS EN QUE SE DIVIDE EL JUICIO

El juicio es la parte del proceso penal que se extiende desde la elevación de las actuaciones desde la instrucción y su recepción por el Tribunal del Crimen (de juicio), hasta el dictado de la sentencia (arts. 354 a 360 y 374 a 404).

Comprende tres etapas claramente delimitadas, que son:

a) Diligencias preliminares

Esta etapa, casi en su totalidad a cargo del presidente del tribunal, es de carácter escrito y preparatorio de la etapa que le sigue.

En primer lugar está a cargo del presidente recibir las actuaciones y efectuar el control de regularidad con relación al cumplimiento de los recaudos exigidos por la ley a la instrucción. Si ellos no están satisfechos devuelve todo a su origen para que se regularice. Si está todo bien, dicta un proveído por medio del cual cita a todas las partes certificadas por la instrucción en el auto de elevación para que, dentro del término de diez días, comparezcan a juicio.

Ese comparendo es a los efectos de que, en el tribunal, todas ellas consulten todas las constancias de la instrucción y además todos los efectos y documentos agregados, ya por secuestro, ya por agregación como prueba.

Concurrencia a juicio que implica además, sobre las consultas efectuadas sobre el material citado, el ofrecimiento, dentro de ese término de diez días, de toda la prueba de que piensen valerse.

Esa prueba por cierto es de los más variados tipos, pero cualquiera que fuera debe ser ofrecida en ese acto. Mas lo único que hace el Código en este estadio es regular la presentación de la prueba de testigos, peritos e intérpretes.

Y así exige en primer lugar que cada uno de ellos sea individualizado por su nombre y apellido y demás datos personales y, por cierto, su dirección domiciliaria.

Si esos testigos o peritos ya han declarado en la instrucción la parte deberá manifestar si se conforma con que se lean sus dichos durante el juicio y, en este caso, con las anuencias de las otras partes y del tribunal, se puede prescindir de la presencia de testigos y peritos en el acto del juicio. Ello debe calibrarse bien pues este último temperamento implica no poder pedir explicaciones y repreguntar.

En cambio si se tratara de nuevos testigos, además de la individualización deberán indicarse los hechos sobre los cuales han de ser preguntados. Esta exigencia se satisface acompañando el interrogatorio a que deben ser sometidos, que no tiene por qué ser completo por cuanto, creando la posibilidad del acto, luego se amplía el interrogatorio en el mismo.

Dentro de lo posible, aun cuando la ley no pone límite al número de testigos a ofrecerse; pide que sea mínimo, reduciéndose éste a los que más conocimiento y mayor detalle de los hechos tengan.

En lo que hace a los peritos, podrán ofrecerse nuevos especialistas sobre puntos que anteriormente no hayan sido periciados.

Proveer sobre la admisión de la prueba, corresponde al tribunal y éste por *auto fundado* la admite o la rechaza, en este caso por impertinencia o por superabundante.

Pero expedido el auto respectivo, el que tiene que fijar las audiencias y proveer a su realización es el presidente.

Más aún, en el caso de que las partes no le hubieren ofrecido prueba alguna, es el presidente el que dispondrá la recepción de aquélla *pertinente y útil* que se hubiere producido en la instrucción (art. 356).

Esta previsión, a nuestro entender, es criticable por cuanto si la parte acusatoria (fiscal-querellante-actor civil) se satisface con lo que hay ya en el proceso, y también hace lo propio la parte acusada (imputado y parte demandada civil), esa prueba existe tanto para ellas como para el tribunal y no hay razón alguna para repetirla y eventualmente ampliarla por actividad exclusiva del mismo a favor de una o de otra parte, lo que convertiría al tribunal en instrucción, afectando seriamente el principio de desconcentración funcional que se levanta como característico del sistema acusatorio al que dice plegarse el nuevo Código.

Pero este detalle que nosotros tachamos no es en realidad un desliz del legislador, sino que, apoyando esa actividad instructoria, la ley acuerda al presidente, por propia decisión o a pedido de parte y con noticia a todas ellas, la facultad de ordenar actos de instrucción. Estos actos de instrucción se aspira a limitarlos a lo indispensable. Pero con ello o no, lo cierto es que *son actos instructorios*. Y no habrá limitación aun cuando ellos sean los omitidos o denegados por la instrucción ante el juez de instrucción (art. 357).

Nótese que en plena actividad al juez de instrucción se le puede reclamar el cumplimiento de medidas necesarias; pedido respecto del cual el juez debe pronunciarse (art. 347, inc. 1°, y 348, 1ª parte). Y después de la oportunidad de su realización o no, con el requerimiento y con el auto de elevación, la instrucción *queda clausurada* (art. 353).

Pero clausurada esa etapa, el requerimiento opera como acusación: *es la acusación*, y es respecto de ella que las partes ofrecen sus pruebas y especialmente la defensa ofrece las suyas. Es innegable que rige a pleno el principio de congruencia, tanto es así que sobre su vigencia el tribunal proveerá el rechazo o no de la prueba por impertinente o procedente.

Sobre el requerimiento acusatorio se perfila ya nítido el objeto procesal que debe regular todo el juicio y limitar la actividad de todos en el juicio a los lindes propios de ese objeto.

Pero lo que se recoja en esa nueva investigación puede llevar, por cierto, al sobreseimiento, ya porque resulte evidente que el imputado obró en estado de inimputabilidad, o exista o sobrevenga una causa extintiva de la acción penal y para comprobarla no sea necesario el debate, o el imputado quedare exento de pena en virtud de una ley penal más benigna, o de los arts. 132 o 185 esto por excusas absolutorias (art. 361). Pero, nos preguntamos: ¿no hay para ello la posibilidad de las excepciones que también pueden oponerse en esta etapa como lo reconoce el art. 358, o en su caso ¿sobre elementos condicionantes de la culpabilidad, si la causa llegó a juicio, no fallaron sobre ello —y respecto de lo cual debió regularizar el presidente en su vista de contralor pudiendo devolver a instrucción (art. 354)—, tanto el juez de instrucción, como la cámara de apelaciones en cuanto mandaron elevar las actuaciones a juicio? (arts. 348 a 353).

Pero aparte de que esa instrucción suplementaria pueda conducir al sobreseimiento, lo más grave es que puede conducir también a una mayor condena. Ello por cuanto a esta facultad instructoria del presidente se le agrega la que se le confiere al tribunal en el debate mismo, cuando debe obligatoriamente bajo pena de nulidad *indagar* al o a los procesados. Ellos que ya estaban indagados en instrucción, *deben ser indagados de nuevo* en el debate y si se negaren a declarar, conforme su derecho, entonces el tribu-

nal hará leer por secretaría todas las declaraciones que hayan prestado ante el juez de instrucción. Luego, en cualquier momento y durante todo el curso del debate puede dirigirles preguntas aclaratorias, es decir *puede seguir indagándolos* (arts. 378 a 380).

Es decir que la situación instructoria no termina nunca y opera con muy graves consecuencias por cuanto sobre estos dichos, con más los que resultaron de la instrucción suplementaria a cargo del presidente en las diligencias preparatorias (art. 357), puede el fiscal ampliar su acusación, ya en la continuidad del delito, ya en la agravación del mismo. Y además tanto el nuevo hecho que integre el delito, como la circunstancia agravante sobre la que verse la ampliación, quedarán comprendidos en la imputación y en el juicio (art. 381).

Por cierto que de esta ampliación se corre vista a la defensa y se le da un término para ofrecer pruebas de descargo o formular defensa (art. 381, cit.). Pero es el caso de que el objeto procesal no adquiere nunca estabilidad y no opera el límite que él implica. Y... además, al final después del alegato sobre la prueba, vuelve a producirse acusación y a contestar la defensa.

Pero superada ya la etapa de debate, cuando ésta ha sido cerrada y, luego que los jueces del tribunal han producido deliberación y, como consecuencia de ella, estimando que resulta absolutamente necesario, se pueden disponer *"nuevas" medidas de prueba* (además de la mera ampliación de las ya producidas) para lo cual podrán ordenar la reapertura del debate a este fin y se producirá discusión para el examen de las mismas (art. 397). Arrimar al proceso "*nuevas*" pruebas, decididas por el propio tribunal no es sino asumir actividad instructoria. Trae al proceso conocimiento que antes no existía. Es *instrucción*. Y el debate que reabre implica también la obligación de indagar, que es ineludible para esta actividad, bajo pena de nulidad, e incluso la nueva prueba que se busca puede estar en la indagatoria misma y ello puede dar como resultado que sobre toda la prueba buscada y acopiada en esa etapa de debate extraordinario, el *fiscal pueda ampliar su acusación* (art. 381).

Se ha analizado este aspecto en esta parte del desarrollo por cuanto se estima que no es claro el deslinde de etapas preclusivas en esta regulación legal actual. Se dan zonas grises y ofrecen un campo común de investigación instructoria en todo el curso del proceso, permitiendo volver a etapas superadas, como es la repetición de actividad adquisitivo-probatoria a cargo del tribunal mismo; como consecuencia de repetir el acto indagatorio sin límite y con todo ello reponer continuamente la oportunidad de ampliación de acusación, lo cual borra la función limitadora del objeto procesal creando una continua y posible situación de incertidumbre a la defensa.

Por cierto que habrá eficacia o por lo menos posibilidad de ella. Pero no debe olvidarse que esa eficacia debe encuadrarse dentro de las garantías constitucionales que le ponen cierto límite y una de ellas es, llegado al punto en que el Estado ha tenido todas las oportunidades de conocer e imputar, cerrar y dando oportunidad de defensa clara, precisa y concreta y sobre todo definitiva, resolver. Pero no cuando llegando al final, se advierta que le va faltando algo, volver a investigar instructoriamente, porque ella en definitiva es violar el principio de duda a favor del reo (art. 3°, CPP). Se permite, en función de eficacia, esfuerzo tras esfuerzo, alcanzar el conocimiento que no se logró en todo el curso del proceso; en definitiva se lucha contra la garantía constitucional citada hasta en el momento mismo de resolver. Y no sólo eso sino que en esa lucha se reabre el proceso [1].

Esta etapa preliminar del "juicio" crea además para las partes la oportunidad de oponer excepciones procesales de previo y especial pronunciamiento que antes no hubieren sido opuestas; es decir que anteriormente no se haya usado de esta defensa (art. 358).

Esta etapa se cierra cuando el presidente, cumplidos el ofrecimiento de prueba y resuelto su aceptación y fijación de audiencia para su producción, y cumplida la instrucción que hubiera decretado o resuelto las excepciones, *decreta una audiencia para el debate* para la cual deja convocadas a todas las partes, que tienen la obligación de concurrir a ella (art. 359). Con esta audiencia comienza la segunda etapa del "juicio", que es el debate.

b) Debate

Éste está a cargo del tribunal reunido en audiencia en la sala que para tal destino tiene el mismo, o en el lugar cualquiera que fuere que se señale como más apropiado o conveniente para el eficaz desarrollo del juicio, por ejemplo en el lugar concreto del hecho (arts. 373 y 374).

Este tribunal funciona como cuerpo colegiado con integración y asistencia obligatoria, a tal punto que si su composición se alterara porque uno de sus jueces por incapacidad, enfermedad o muerte, no pudiera continuar o votar, alterando el régimen de mayoría, el juicio debe comenzar de nuevo (art. 365, última parte).

Esa colegiación demanda una conducción y por ello es que la ley encarga esta actividad al presidente, a través de quien se conducen todos los actos del proceso para las partes y el contacto del tribunal con ellas (arts. 375, 382 y 392).

[1] Ver punto c) de este capítulo.

Toda la actividad que en esta etapa se desarrolla es *oral*. La nota de *publicidad* es esencial, exceptuada sólo en casos de amenaza del orden, seguridad o moral pública, o minoridad, en los que provisoriamente se puede dejar sin efecto. Y además, es de desarrollo *continuo* en audiencias sucesivas (arts. 363 y 364).

El debate se inicia cuando, reunido el tribunal en el lugar de la audiencia, y controlada la presencia obligatoria de las partes y demás personas convocadas por parte del presidente, éste advierte al procesado que debe estar atento y manda *leer la requisitoria* del fiscal o, en su caso, *el auto de elevación* (que no es sino *la acusación* que llamaremos "inicial" o "de apertura") y luego *declara abierto el debate* (art. 374).

De inicio y bajo pena de caducidad tiene que resolver en este estado, en ese momento subsiguiente a tal lectura, todas las cuestiones incidentales como son la integración definitiva del tribunal decidiendo sobre las recusaciones que se hubieren formulado; sobre la cuestión de la competencia territorial del tribunal; las nulidades que se hubieren producido en el período preliminar del juicio: acumulación de procesos; admisibilidad de testigos, de documentos, etc. (art. 376).

Decidido este aspecto incidental y por abierto ya el debate, el presidente debe *obligatoriamente, bajo pena de nulidad, volver a indagar* al procesado o procesados (de a uno en vez, es decir sin la presencia de los demás) con todas las garantías que rodean al acto en la regulación que de él se hace en la parte de la instrucción de este Código. Si haciendo uso de su derecho al silencio, el procesado se negare a declarar, el presidente hará leer en su reemplazo todos los dichos prestados en indagatoria anteriormente y se reserva la facultad de volver a preguntar en cada momento que lo estime procedente (art. 378).

Satisfecha esta diligencia obligatoria, si de ella o de la instrucción preliminar del juicio surgieren motivos, se corre vista al fiscal de cámara para que amplíe su requisitoria; su acusación inicial de apertura del juicio.

Si esto se cumple y el fiscal amplía su acusación, de ello se da traslado a la defensa; se suspende el curso del debate y se le da oportunidad de descargo y prueba (art. 381).

En ese estado comienza la oportunidad, el período o momento de la producción de la prueba, la que debe sucederse en el orden que la ley señala en la medida en que sea posible o lo crea oportuno el tribunal.

Y así comienza por la pericial, a la que se dará lectura en su parte fundamental del informe y luego se tomará declaración de a uno a cada perito sobre los puntos que interesen y las partes soliciten. Si fuere posible se realizarán las experiencias en el acto del debate; se aclararán o ampliarán los fundamentos y las conclusiones.

En lo que hace a los testigos se seguirá el orden establecido en el decreto de admisión de prueba, dando prioridad a la víctima.

A los testigos citados se los separa en salas diferentes y no se les permite intercambiar opiniones entre ellos, ni escuchar las declaraciones ni informarse de lo que dijeren los que los preceden. Después de declarar vuelven a incomunicarse por si hubiera que carearlos.

No se les permite la consulta de notas ni documentos, ni se les lee sus declaraciones anteriores, salvo el caso de denotada confusión, imposibilidad de recuerdo o contradicción, o lo pidieren expresamente el fiscal o las partes, o se tratare de una declaración prestada en extraña jurisdicción por exhorto; o también, si el testigo hubiere fallecido o se ignore su actual paradero y hubiere ya prestado su declaración (art. 391).

Si tanto peritos como testigos, no pudieren concurrir al acto porque están enfermos o impedidos, el mismo se realizará en su domicilio o lugar en que estén, por parte del tribunal o de un miembro especialmente delegado para ello (art. 386).

Por cierto que tanto peritos como testigos pueden ser interrogados por los miembros del tribunal en forma directa o por las partes a través del presidente.

En este último supuesto la nueva pregunta es formulada por la parte al presidente y éste decide si se hace o no; en el último caso se recurre por reposición ante el tribunal en pleno y éste decide (art. 389).

Si alguno de los peritos o testigos incurriera en sus deposiciones en falso testimonio se dejará constancia, se levantará acta y se pasarán las actuaciones al juez penal que corresponda.

En lo que hace a otras pruebas, si es necesaria una inspección domiciliaria o en cualquier otro lugar, el tribunal la decretará y se constituirá en el lugar o delegará uno de sus jueces para ello.

En el caso de la prueba documental respecto de documentos secuestrados, aportados o remitidos, ellos serán leídos y exhibidos en la audiencia. Lo mismo se hará con todas las actas de secuestro y diligencias probatorias realizadas (arts. 387 y 392).

En el caso de ser necesario o pedido por las partes o considerado oportuno por el tribunal, se exhibirán a testigos, peritos y partes los efectos secuestrados (art. 385).

Si en el curso del debate se tuviera conocimiento de nuevos medios de prueba manifiestamente útiles, o se hicieren indispensables otros ya conocidos, el tribunal podrá ordenar, aun de oficio, la recepción de ellos (art. 388).

Terminada la recepción de la prueba el presidente concederá la palabra en forma sucesiva y en el siguiente orden: al actor civil, al querellante

y al fiscal por un lado y por el otro a la defensa del o de los procesados y al demandado civil, para que aleguen sobre el mérito de la prueba producida y formulen sus respectivas acusaciones y defensas.

Es decir que superada la etapa de producción de prueba y sin otra solución de continuidad que no sea la de una audiencia a otra y con ello la distribución de día y hora (según la cantidad e importancia del proceso) para cada orador, cuyo tiempo de exposición será fijado en mayor o menor extensión en cada tipo de proceso, según el volumen e importancia del material de hecho y derecho manejado, *no existe en el proceso regulado por el nuevo Código, ningún período de reserva en el cual se ponga el material a disposición de las partes para que preparen su alegato y dictamen ya de acusación, ya de defensa.* En este nuevo proceso se va armando todo sobre la marcha. De hecho, dado el extremo de que se fijaría después del cierre de la producción de prueba, una nueva audiencia para comenzar con los alegatos, habrá un pequeño lapso de un día para otro, para poder acomodar el cuadro de las respectivas exposiciones.

En lo que hace a los respectivos actos a cumplirse, el del actor civil debe estar limitado al análisis de la prueba relativa a su pretensión civil reparatoria, resarcitoria e indemnizatoria. Situaciones que también demarcan la acción del demandado civil. La actuación expositiva estará a cargo de estas partes o de sus representantes. La única actuación escrita por medio de un memorial, es la que se permite al actor civil ausente al acto.

En tanto que las partes penales se extenderán sobre toda prueba del ilícito y de su valoración y acusación y defensa, podrán reconvenirse recíprocamente, pero en este caso, el último que habla es el procesado, lo cual permite una más acabada defensa. Toda la exposición en cada caso, está a cargo de los respectivos representantes, pero si la fiscalía estuviere a cargo de dos fiscales y lo mismo la defensa, en ese caso se dividen la exposición tomando la mitad cada uno.

Esta diligencia de cierre del debate se completa luego de superados los alegatos y acusaciones y defensas, con la invitación formulada por el presidente al o a los procesados para que ante el tribunal expongan lo que estimen correspondiente. Ello es voluntario. Pero generalmente se les pedirá que se reduzcan a cuestiones de hecho o a su situación personal, sin entrar a la cuestión de derecho que ya ha sido expuesta por sus defensores.

Cumplido lo que antecede, se dejará convocadas a las partes a una audiencia que se fija, para que escuchen la sentencia.

Luego de ello se declara *cerrado el debate.*

Todo ello está regulado por el nuevo Código en el art. 393.

Acta del debate

Todo el debate, que ha sido oral (con las pequeñas actuaciones escritas que se han señalado) debe ser volcado imperativamente bajo pena de nulidad, en un acta sintética cuya confección está a cargo del secretario del tribunal. El detalle de ella puede ser defectuoso, e incluso incompleto, pero si ese detalle concreto no está impuesto expresamente por la ley ello no conduce a su nulidad.

Se inicia con la indicación del *lugar* y fecha de las audiencias y sus suspensiones. Incluye por cierto la descripción de la integración del tribunal: nombre y apellido de los jueces, del fiscal, de los defensores y mandatarios. Y luego las condiciones personales del imputado y de las otras partes (querellante, actor civil y tercero civil responsable). Señalamiento de la prueba testimonial, pericial y de intérpretes con indicación de los nombres de cada uno de sus actores. Síntesis del resto de la prueba producida. *Requerimientos y conclusiones* tanto de la acusación, como de las demás partes. Se agregarán menciones que imponga la ley o las que pidan las partes y las que ordene el tribunal.

El acta debe ser ineludiblemente leída por el secretario ante el tribunal constituido y las partes, luego firmada por todos.

Todo ello está regulado por el art. 394.

c) Deliberación y sentencia

Superada la etapa que antecede, el "juicio" *quedaría* cerrado, no se admitirían más debates ni defensas y entrada en la etapa de elaboración de sentencia, no se esperaría más que su advenimiento.

Ello es así por cuanto, ni bien se produce el cierre del debate, los jueces que intervinieron en él pasarán *de inmediato* a deliberar en sesión secreta a la que sólo deberá asistir el secretario, bajo pena de nulidad.

De ese acto resultará el voto de cada juez y sobre ello se confeccionará la sentencia, la que será leída luego en audiencia pública a las partes en presencia del público asistente.

Cada uno de estos pasos está regulado al detalle por el nuevo Código y todos ellos integran el acto más importante, definitivo y trascendente del proceso. Por ello es que será tratado aparte.

Mas debe decirse que excepcionalmente y para los casos de absoluta necesidad —que el Código no dice cuáles son ni señala si son para condenar o absolver— el tribunal, según lo que vaya aconteciendo en el curso de la deliberación, *puede ordenar la reapertura del debate* para receptar y discu-

tir *nuevas pruebas o ampliar las recibidas ya*. Esto, que no es sino la superación total de lo que antiguamente se rotulaba "medidas para mejor proveer" y que se limitaban a la aclaración y perfeccionamiento de las pruebas *ya cumplidas en el juicio*, genera para ellas y *las nuevas* un *nuevo debate* con todos los elementos de su regulación, para lo nuevo, por cierto, *pero "completo" debate* que la ley no limita sino que se refiere, repetimos, a lo nuevo. Por ello el cierre del debate de que se habló en el punto anterior, no es tan definitivo, y por ello debió dedicarse más detalle a este tipo de medidas que escapan a la tradicional "mejor proveer".

Crítica doctrinaria y jurisprudencial

El Código Procesal Penal viejo tras poner el proceso en estado de dictar sentencia, decía: "Desde entonces quedará cerrada toda discusión... y no podrán presentarse más escritos, ni producirse más pruebas, salvo la que el juez creyere oportuno para mejor proveer" (art. 493).

No precisaba si se trataba de prueba nueva o de simple ampliación de la ya producida. Ello originó un profundo debate sobre la procedencia y alcance constitucional de estas medidas.

Así fue como se dijo que ellas "...se justifican sólo cuando se encaminan a esclarecer dudas, suplir omisiones, contribuir al más exacto conocimiento de los hechos, completar la información del juzgador o finalidades análogas, *pero debe haberse producido alguna prueba por elemental o deficiente que fuere* (Cám. Nac. Civ., sala D, "Zannuccoli de Drudi, Amadea v. Gras, Enrique", JA, 1952-II-23).

A ello se sumó la precisión de que ellas no presuponen "*...la libertad para proceder caprichosa o arbitrariamente*" (Uruguay, Trib. Apel. 2° turno, 9/8/1950, LJU, 24-132).

Con la fórmula legal que comentamos se posibilitaba recurrir a la producción de cualquier tipo de prueba.

El Dr. Jofré, una de las mayores autoridades en materia de procedimientos, estableció para el Código de la provincia de San Luis un agregado a la doctrina del presente artículo, concebido así: "Las pruebas que se reciban en tal caso (para mejor proveer), *no pueden empeorar la condición del acusado*". Y explica así su innovación: "No conozco legislación alguna que autorice lo que en la terminología de nuestro derecho procesal se llama 'diligencias para mejor proveer'". Se refería a la norma del Código entonces vigente que comentamos aquí. Y agregaba: "De lo que sí estoy seguro, porque lo he palpado en el estudio de numerosos expedientes, es que *por medio de esas medidas el juez puede burlarse de la defensa, de la sociedad y de*

sus superiores. Las providencias para mejor proveer se dictan después de cerrada la discusión y los términos de prueba y tienen por objeto ilustrar al juez que no encuentra en los autos los elementos necesarios para condenar o absolver. Sucede que no pocas veces el juez manda practicar en esa forma una prueba importante contra el acusado, sin que la defensa tenga los medios de combatirla por otra contraria, de donde resulta que a ésta se le coloca en un verdadero estado de inferioridad. Las diligencias para mejor proveer contrarían dos principios fundamentales del derecho procesal: el que prohíbe proceder de oficio después de cerrado el sumario y el que prescribe que la prueba ha de ser contradictoria. En esa clase de diligencias el juez se sustituye al fiscal o a las partes con todos los inconvenientes que tal proceder trae consigo. No es esto solo, los malos jueces tienen en las diligencias para mejor proveer un arma terrible mediante la cual pueden mandar a presidio al acusado más inocente y tienen el medio de burlarse de la ley demorando indefinidamente el fallo. Es sabido que mientras se practican esta clase de diligencias, no corre el término para fallar" (ver Malagarriga y Sasso, *Procedimiento penal argentino*, t. 2, p. 121).

Compartiendo el criterio de que las medidas analizadas sólo se autorizan cuando tienen sentido aclaratorio y que la facultad de decretarlas tendiente a la mejor información sólo está limitada por el prudente criterio del juez, *destácase que no es lícito* que los tribunales de alzada con olvido del principio que rige la preclusión de la etapa de prueba y demás actos procesales, pretendan suplantar a los funcionarios de ley, en particular al juez de instrucción y al fiscal, en su tarea específica y que por la vía, siempre fácil pero no en todos los casos legítima, de las medidas para mejor proveer, procuren subsanar la errónea orientación en que aquéllos pudieren haber incurrido en la investigación de los hechos del proceso o en la producción de la prueba conducente al esclarecimiento de los mismos..., porque la vía restringida de una medida para mejor proveer sólo se justifica cuando tiende a completar datos insuficientes (Manigot, M. A., *Código de Procedimientos en Materia Penal. Anotado y comentado*, 2ª ed., t. II, 1983, art. 493, ps. 115/118).

Refiriéndose al Código Procesal Penal de la Nación (el nuevo, vigente) y con relación a su fórmula: "Si el tribunal estimare de absoluta necesidad la recepción de nuevas pruebas o la ampliación de las recibidas, podrá ordenar la reapertura del debate con ese fin..." (art. 397), se entiende "sólo deben destinarse a completar y aclarar elementos ya incorporados al juicio y no cuestionados por las partes. El tribunal jamás debe asumir funciones de acusador..." (D'Albora, cit., art. 397).

II. La acusación

a) Concepto

Es una función del proceso, que está a cargo —en los que se promuevan por delitos de los que nace acción pública de oficio o dependiente de instancia privada— de un organismo público que es el Ministerio Fiscal, complementado, en su caso, por el particularmente ofendido por el ilícito y que se constituye en querellante. La actuación de aquél es obligatoria y oficial, la de éste es voluntaria y particular.

Este último, en los delitos de los que nace acción de ejercicio privado (arts. 73, CPen. y 415 a 431, CPP) es el único titular de esta función acusatoria, en el proceso especial a que dan origen esos delitos. No hay fiscal.

b) Oportunidades

La acusación —en los procesos de acción pública— debe en un primer paso ser producida al final de la instrucción cuando se da vista al querellante y al fiscal para que se pronuncien sobre el mérito de la instrucción. Ella en este momento del proceso recibe el nombre de "requerimiento" de elevación a juicio.

Debe contener, bajo pena de nulidad, los datos personales del imputado; una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos; su calificación legal —tanto del hecho como de la participación— y una exposición sucinta de los motivos en que se funda (art. 347).

Por supuesto que si no hay cuestionamiento, y ella es admitida por el juez de instrucción, *un decreto simple* del juez sirve para que todo pase al tribunal de juicio y *ese requerimiento es la acusación*: Acusación inicial.

Pero si hubo planteos, por parte de la defensa, y hubo que resolver sus pedidos y su rechazo, la elevación se produce por auto fundado del juez de instrucción que debe comprender, bajo pena de nulidad, todos los datos exigidos al fiscal en su momento y además los de las partes civiles y todo lo referente a los hechos, su calificación y parte dispositiva. Este auto complejo, aunque el Código no es muy claro en el punto, es el *requerimiento* y por ende la *acusación*: También inicial.

Ello surge del art. 374, última parte, el que regulando la apertura del debate, impone que de inicio se le lea al reo estos cargos.

Pero surge nítido de la letra del art. 381 el cual, con nuevos elementos, faculta al fiscal a *ampliar su acusación* en pleno curso del "debate": Ampliar la inicial.

Lo que antecede da también el concepto de *oportunidad* de su deducción llevado a la *pluralidad*, por cuanto a la del requerimiento (inicial) se suma la de la *ampliación* en el curso del debate y se suma, además, *la final*, tras la terminación de la recepción de la prueba y casi sobre el cierre del debate: "formulará su alegato y acusación" (arts. 347, 351, 374, 381, 393). A ello se agrega la posibilidad que se ofrece en el *nuevo debate* en el trámite de medidas para mejor proveer (art. 397).

Esta última —final— es la que debe contener el requerimiento de pena. Esta regla general del juicio común está sustituida en el actual "juicio abreviado" por la especial que impone que en el dictamen que hemos llamado "requerimiento de elevación" (arts. 346 y 347), el Ministerio Fiscal, además de todos los requisitos comunes, debe solicitar la pena a imponer (art. 431 bis, nro. 1). Ello porque si la propuesta fuere aceptada, se dicta la sentencia en el lapso de 10 días y se obvia todo el trámite (art. 431 bis, nro. 3).

c) Formas

Así, en síntesis, la *acusación* es el acto por el cual el acusador público y el particular querellante, en su caso, fundados en los elementos probatorios colectados en la instrucción, en la etapa preliminar del juicio, en la primera parte del debate y al final de éste, junto con el alegato y excepcionalmente dentro de la deliberación y el debate que ella genera en el procedimiento que denominaremos de mejor proveer, "*concreta respecto del procesado o los procesados perfectamente individualizados*", con exposición clara, detallada, precisa y circunstanciada, con invocación de la prueba en que se sustenta, con calificación en función del derecho de fondo penal, tanto del hecho como de la participación del imputado, *su pretensión punitiva*, fundando en definitiva el pedido de pena, su individualización y graduación. Dicho acto debe necesariamente cumplir —bajo pena de nulidad— con las formas expuestas y que constituyen su fundamentación. Ésta es, así, la acusación en totalidad.

Puede darse, también, el caso de que el fiscal al momento de alegar sobre la prueba producida en el curso del debate, pida la absolución del procesado a quien inicialmente acusó. Y así debe ser toda vez que sobre el análisis de aquélla concluya en que los cargos que formuló, se desnaturalizan. Cuando ello ocurre se genera el problema de si tal actitud hace caer (o no) la acción penal, lo que siendo vinculante para el tribunal, lo obliga a absolver.

Al respecto la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha oscilado entre la obligación de absolver por la caída de la acción penal, por un lado y, por el otro, la de la libertad del tribunal para dictar la senten-

cia que juzgue procedente, incluida la condenatoria y ello toda vez que no hay afectación de la vigencia de la acción ya promovida y alentadora de todo el juicio hasta la sentencia inclusive (ver desde el caso "Tarifeño" y sus precedentes [año 1989], *Fallos*, t. 325, p. 2019, hasta el caso "Mostaccio Scafatti, Gabriel" [año 2004], en que actualmente triunfa el primer criterio, pasando por el de "Marcileses, Pedro Julio s/homicidio" [año 2001], *Fallos*, t. 325, p. 2005, en el que temporariamente se impuso el segundo).

d) Función

En lo que hace a su función: es el acto que produce en su forma *inicial* —requerimiento— la salida de instrucción y la entrada a la etapa del "juicio". No tiene que incluir el requerimiento de pena. Su función es introducir materia cargosa para el debate con la defensa y oportunidad para prueba amplia. Pero no es ya el acto procesal que en forma terminante y definitiva, en una sola oportunidad, planteaba la pretensión de pena, según la letra del Código viejo. Hoy abre el juicio como cargo, se fortalece con la prueba y al final se concreta definitivamente agregando el pedido de pena individualizada y concreta. El nuevo Código no impone esto último (art. 393), pero su procedencia surge clara del régimen del recurso de casación porque si se omite él no funciona (arts. 458 y 460).

e) Pedido de absolución del fiscal al formular su alegato sobre la prueba al cierre del debate

Sobre este punto hubo dos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia:

1) Desde el caso "Tarifeño, Francisco" del 29/12/1989 (LL, 1995-B-32) veníase sosteniendo que: "Si durante el debate el fiscal solicitó la libre absolución del sujeto pasivo del proceso y pese a ello, el tribunal de juicio emitió sentencia condenatoria, corresponde decretar su nulidad y la de las actuaciones posteriores que sean consecuencia del acto invalidado". Y ello era así: porque en materia criminal la garantía consagrada por el art. 18 de la CN exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales y dichas normas no son respetadas si se dicta sentencia condenatoria sin que medie acusación".

2) Este criterio se dejó sin efecto por nuevo fallo de la Corte ("Marsilese, Pedro Julio y otros s/homicidio calificado", LL, 2002-E-719), en el que se resolvió que no se vulnera la garantía de la defensa en juicio puesto que la requisitoria de elevación de la causa a juicio es la acusación indispensable para ga-

rantizar el debido proceso legal y que los alegatos no revisten ese carácter, ya que no modifican el objeto procesal, sino que allí se exponen sus conclusiones y que el juzgador conserva su poder de decidir sobre la imputación contenida en el requerimiento de elevación de la causa a juicio.

En síntesis, el fiscal puede pedir al tribunal la absolución del imputado, pero tal petición no pasa de ser tal, carece de valor vinculante ante el juzgador que puede no aceptarla y dictar sentencia condenatoria. Esta actitud procesal asumida por el fiscal carece de reconocimiento legal como causa extintiva del proceso.

III. La defensa

a) Concepto

La defensa es una función procesal que, como oponente a la de la acusación corresponde al procesado como imputado; se encuentra a cargo del propio imputado que podrá defenderse personalmente siempre que ello no perjudique su eficacia y no obste a la normal sustanciación del proceso. O fuera de ese caso, a cargo de un abogado particular de su confianza o por el defensor oficial. La defensa es obligatoria, si no la asume el propio procesado, si el abogado particular no la cumple, debe asumir necesariamente y producirla el *defensor oficial.*

Ella es un acto por el cual el defensor contesta todos y cada uno de los cargos que le formula la acusación y, de tal suerte, aun cuando la ley no diga nada sobre los recaudos o formas que ella deba reunir (como lo hace por el contrario con la acusación), debe analizar los hechos que, en contra de la acusación, estime no probados con indicación expresa de por qué lo afirmado por el fiscal en este aspecto no es válido; o por el contrario, si los hechos están probados, que no se han fundado con pruebas valederas dando razón de ello, la responsabilidad del imputado; o que la calificación tanto del hecho, como de la responsabilidad no es la que se pretende por el acusador; o que se dan ciertos atenuantes, o que se presentan excusas, etc.

b) Oportunidades

La dispersión que el Código crea en torno a la acusación incide en la oportunidad en que la defensa debe producirse. Así, en un primer momento, tras la primera forma de la acusación que es el requerimiento del fiscal para salir de instrucción y elevar a "juicio", se crea por la ley una primera *oportunidad* a la defensa en cuanto de tal requerimiento se le corre vista y la defensa puede

usar la oportunidad o no. Si lo hace puede oponer excepciones que son defensa, formal, pero defensa. Y además, puede oponerse al requerimiento de elevación, dando las razones y solicitando, fundadamente, se dicte sobreseimiento. Eso es *defensa de fondo*, en contra de esa primera forma de acusación que es el requerimiento. Aunque se crea la oportunidad de defensa, no es obligatorio producirla, puede guardarse silencio (arts. 349 y 350).

Luego de esa oportunidad y aun cuando guarde silencio, al entrar el proceso en la etapa de juicio, en la parte preliminar de ésta, sobre el dibujo de objeto procesal formulado por el acusador en su requerimiento, la defensa redúcese a sólo ofrecer sus pruebas de descargo (art. 354).

Pero cuando *abierto el debate* y tras la indagatoria del procesado en esta etapa, el fiscal use de su facultad y amplíe la acusación (el requerimiento), se le corre traslado a la defensa y ésta en esa oportunidad se expedirá en forma concreta y ofrecerá su prueba (art. 381).

Luego al final del debate se abre un procedimiento por el cual las partes alegan sobre el mérito de la prueba producida y producen acusación y *defensa*. En este momento la defensa es, casi, lo más completo (art. 393).

Y decimos así, por cuanto cerrado el debate y en plena deliberación los jueces pueden decretar medidas para mejor proveer, consistentes incluso en nueva prueba, todo lo cual se produce con reapertura del debate, que si bien es respecto de estas nuevas pruebas, la ley no lo limita por lo que se supone que este debate es total y, por ende, supone nueva ampliación de acusación fiscal y nueva defensa (art. 397).

Siempre "defensa" es rechazo, total o parcial, de la posibilidad del cargo, y, por vía de consecuencia, de su sanción.

IV. Sistema que rige los medios de prueba y su valoración

1) *Pruebas legales*: el legislador instituye en la ley cada uno de los medios que reconoce y regula todo lo que a ellos hace, incluido para cada uno la forma de valorar su relevancia acreditativa.

El legislador asume así todo el sistema probatorio, reduciendo al juez a un simple acreditador de los recaudos exigidos para cada uno; si ellos se cumplen, o no, la prueba vale o no vale.

Ejemplo de ésta era el régimen del Código Procesal Penal de 1889 en el orden nacional, el que instituía cada prueba y a cada una le establecía su valor. El más claro tipo de prueba legal era la confesión, respecto de la cual señalaba todos los requisitos que debía reunir para su validez, y además decía que la que reuniera tales recaudos probaba acabadamente el delito.

2) *Íntimas convicciones*: es todo lo contrario en el extremo absoluto; no hay regulación de medios, pero a esa ausencia se suma el hecho de que en la valoración de cada uno de los medios que se pueden presentar, su valoración se hace según el índice personal interpretativo de cada uno, sin sujetarse a reglas de ninguna índole y a puro sentir individual, sin dar o explicar los fundamentos en que se sustenta. Por ello se lo denomina en esa forma: personal, profundo e íntimo entendimiento y aceptación. Es el modo de valorar de los jurados legos.

3) *Libres convicciones*: ellas se regulan sobre el razonamiento lógico; la lógica es su base. Todo medio que pueda ofrecer, en todo o en parte, la acreditación del hecho, sus circunstancias y la responsabilidad de su agente, es aceptable; no hay sujeción a medios impuestos y regulados por la ley. Luego su valoración, como valor de acreditación, como fuerza de convicción, tampoco se sujeta a tablas, sino que funciona sobre las reglas lógicas, por cierto que en los carriles jurídicos.

Este sistema ofrece dos formas: a) *sana crítica*: que es cuando todo ese razonamiento lógico, se debe exponer y dejar sentado en la sentencia los fundamentos del mismo y su referencia causal. Éste ofrece la ventaja que de esta manera se conoce por las partes el razonamiento judicial y su bondad y acierto; se lo puede apoyar y criticar en sus propias bases; permite la expresión de agravios o su fortalecimiento con la mejora de fundamentos; b) *sana lógica*: que se da en el caso de que todo el razonamiento queda reservado en el tribunal que lo realiza y sólo se asienta la conclusión. Por cierto que, por razones obvias y contrarias a las desarrolladas en el de la sana crítica, éste no tiene la relevancia que se le reconoce a aquélla.

El nuevo Código Procesal Penal de la Nación abandona el viejo régimen de pruebas legales y se pliega a pleno al de las libres convicciones en su forma de la sana crítica. Así, no regula medios. Y en la valoración no impone más regla que la que se asienta en el art. 398, en cuanto al dictarse la sentencia impone a los jueces que en la valoración de la prueba se rijan por la ya mencionada sana crítica.

CAPÍTULO XVIII

CONCLUSIÓN DEL PROCESO

SUMARIO: I. Conclusión normal: 1. La sentencia: a) Etapa preparatoria; b) Dictado de la sentencia - formas legales; c) Contenido: 1) Condenación penal; 2) Absolución penal; 3) Condenación civil; d) Fórmula práctica de redacción; e) Plazo.— II. Conclusión anormal: 1. El sobreseimiento por causas extintivas de la acción en el curso del juicio.

I. CONCLUSIÓN NORMAL

1. La sentencia

El proceso penal como sucesión de actos encaminados hacia una finalidad, cual es la de alcanzar la concreción del derecho material, tiene una terminación normal que se da en el acto definitivo en que se reúnen todos los elementos que permiten juzgar sobre la existencia del hecho y su responsable en función penal.

Cuando tal arribo se produce, cualquiera sea el resultado a que el juzgamiento llegue (condena o absolución) se termina el proceso: el proceso concluye en forma normal.

Esa terminación normal es la sentencia.

Si el proceso es considerado en lo que hace a su esencia (su contenido), como una relación jurídica procesal, la sentencia es el acto definitivo que satisface esa relación; en cambio si se lo considera como una pluralidad de relaciones o una sucesión de situaciones procesales, abiertas en expectativas, planteos, ansiedades y resoluciones parciales, la sentencia es la situación definitiva.

Conceptualmente, ella es el acto cumbre del proceso, en el que se analiza la reconstrucción histórica del hecho y la actuación del imputado al que se le carga su producción y concluyendo en su perfil definitivo, se lo enfrenta al derecho de fondo en función de adecuación. Si la subsunción típica se produce, se extiende a la calificación legal material y subjetiva, liberando la pretensión punitiva, que animó todo el curso del proceso, mediante la

individualización y graduación de la pena a imponer, todo lo cual se concreta en su parte dispositiva en la condena. Si tal adecuación no se produce, esa parte dispositiva será la absolución.

Claro se hace de ver que este acto es el momento mismo en el que se conjuga la forma procesal y su resultado, con el derecho de fondo. Es el momento en que se juntan el derecho procesal y el penal.

Aquí es donde la pretensión punitiva se convierte en derecho subjetivo de punir. Ella es el título para ejecutar la pena. El procesado se convierte en condenado.

Más aún, le asignamos a la sentencia un carácter trascendente, en cuanto a que este acto procesal se desprende de todo el proceso y cobra vida propia y autosuficiente. Ésta es la que llega al establecimiento penitenciario, para abrir las puertas de la ejecución. El resto del proceso va al archivo. En la sentencia se basa la ejecución de todas las penas.

a) Etapa preparatoria

Agotado el "debate" se clausura el período del "juicio" que él representa y de inmediato los jueces del tribunal pasan a deliberar en sesión secreta, a la que no puede concurrir sino el secretario y ello como requisito formal ineludible, por cuanto su omisión está fulminada con nulidad.

En esta actividad los jueces del tribunal consultando todos los elementos de juicio que reservan en su memoria por lo escuchado y debatido en las audiencias, ayudados por las notas que cada uno de ellos tomó en su momento, con más lo que resulta del acta de debate que tiene obligación de haber realizado el secretario; y eventualmente con los apuntes realizados por el secretario y volcados al final de cada acta; o con los extractos taquigráficos tomados en las audiencias o las grabaciones realizadas; con todos estos medios los jueces, se repite, discuten sus respectivas apreciaciones y conclusiones y elaboran su voto individual. Para esa emisión seguirán el orden que al azar indique un sorteo previo que se realiza por el secretario, al entrar a deliberar.

Para evitar la omisión involuntaria en el tratamiento, y, con el fin declarado de que se traten todos los temas objeto del juicio, la ley impone un orden para seguir en lo posible y así, pide el tratamiento en primer lugar de las cuestiones incidentales que hubieren sido diferidas; luego las relativas a la existencia del hecho delictuoso; tras esto, la participación del imputado, calificación legal que corresponda y sanción aplicable. En el caso de que además, se hubiere ejercitado acción civil, todo lo relativo a restitución, reparación o indemnización demandadas y costas.

Por cierto que esta votación obliga a los jueces a realizarla en forma fundada en cada uno de sus tópicos. Si el resultado de esa deliberación fuere la coincidencia, todo será volcado en una sola resolución con una fundamentación única. O en el caso de que hubiera un disidente; como las resoluciones se adoptan por mayoría, se confecciona la resolución única de los coincidentes y se asienta luego el voto en disidencia.

Para el caso de que la disidencia se refiriera a los montos de pena votados, se llega a la que en definitiva se imponga mediante la determinación del término medio de ellas.

Éste es el trámite previo a la sentencia regulado por la ley para el juicio común; reglas éstas que se aplican sin inconveniente alguno para el proceder de otros tribunales colegiados de igual rango como el de juicio de menores. Pero también se aplica en los de alzada, como es el de casación, para expedirse sobre: casación, inconstitucionalidad y revisión.

Asimismo estas reglas del juicio común son de aplicación también para los órganos unipersonales, como es el juez correccional, el que al cesar el debate, se retirará a deliberar. Pero se le da la posibilidad de que no se retire, ni delibere, sino que dicte la sentencia ni bien clausure el debate.

Rigen los puntos tratados, los arts. 396, 398, 405, 409 y 413.

En todos los casos se prevé que en el curso de la deliberación, sopesados todos los matices de los hechos y la actuación de los imputados y su prueba, se pueda llegar a la conclusión de que para poder emitir fallo es necesario en forma ineludible, absolutamente necesaria, completar los elementos probatorios, o ampliando o aclarando los ya producidos en todo el curso del proceso o recepcionando nuevos. En este caso se corta la deliberación y se resuelve la o las pruebas que se van a incorporar y se ordena la reapertura del debate a este fin, quedando la discusión limitada a este propósito.

No se limita el curso del "debate", sino sólo su finalidad, por lo que sus etapas son en plenitud realizables.

Rige esta derivación el art. 397. Ello implica lo que en el régimen antiguo era lo que se conocía como "medidas para mejor proveer", aun cuando se las limitaba a aclaración o ampliación de las producidas, nunca a nuevas pruebas.

b) Dictado de la sentencia - formas legales

Emitidos los votos o un voto uniforme, en su caso, se redacta la sentencia por escrito cuyo original se agregará al expediente.

Este acto complejo y trascendente debe cumplir una serie de formas que la ley impone bajo pena de nulidad (arts. 399 y 404).

Se abre con la indicación del lugar en que se lo hace, que puede ser la sede del tribunal, o el recinto que éste fijó para el debate (arts. 399 y 373).

Ello así por cuanto hay casos en los que la sentencia puede dictarse sin solución de continuidad, inmediatamente de cerrado el debate, sin deliberación (art. 409).

Pero ese lugar debe ser completado con la expresa indicación de su ubicación jurisdiccional, por cuanto no puede cumplirse ese acto fuera de la jurisdicción que le corresponda al tribunal sentenciante (art. 373, cit.).

Debe indicar en este encabezamiento, el tribunal y su composición, que se pronuncia. Y frente a él, nombre y apellido del fiscal y de las otras partes.

Pero de entre estas últimas, le dedica una especial exigencia a las condiciones del procesado, por cuanto exige todos los datos que sirvan para identificarlo y que, por cierto, no pueden ser sino los que obren en el proceso. Era mucho más feliz la fórmula del Código viejo por cuanto allí imponía la constancia respecto del procesado: nombre, apellido, sobrenombres y apodos con que éste sea conocido, su estado civil, nacionalidad, domicilio, oficio o profesión y *todas las demás circunstancias con que hubiese figurado en la causa* (art. 495, 1ª regla, *in fine*, CPP, 1889).

Y esta última afirmación nuestra no es un prurito de orden o detalle, sino que se vincula nada menos que a la más completa, incluso exagerada, determinación del sujeto que va a ser destinatario de una condena. Debe ser él —no se admiten dudas—. Nótese que una falla en este punto de la individualización lleva la sentencia a la nulidad, según surge del art. 404, inc. 1°, Código nuevo.

Ya en el cuerpo principal del pronunciamiento se debe tratar el núcleo mismo del proceso, esto es el objeto procesal. Y de este modo se impone que al hecho se lo narre con todas sus circunstancias, cubiertas por la prueba y que hayan sido materia de acusación. Por cierto que ello implica, también, el análisis de la prueba que hace a la responsabilidad del procesado. Todo con la exposición de los motivos de hecho y derecho en que se fundamenta la conclusión incriminatoria. Se cierra el cuerpo de la resolución, con la cita de las disposiciones legales que se apliquen.

Termina la sentencia con la parte dispositiva, lo cual implica en forma sintética y concreta pronunciarse condenando al sujeto individualizado al tipo y monto de pena expresamente señalada (o en su caso, fundado en el análisis desincriminatorio, absolverlo).

El acto debe ser firmado por los jueces que se expiden y el secretario que autoriza.

Respecto de los primeros —son tres— si están presentes todos, lo cierto es que todos firman. Pero si por enfermedad o incapacidad falta uno, después de haber intervenido en la deliberación y emitido su voto, el acto vale lo mismo con la firma de los otros dos, dejando constancia de la ausencia y su

motivo. Pero ello, siempre y cuando los otros dos no tengan disidencia entre ellos. Porque si esto fuere así, como no hay posibilidad de desempate, el tribunal se tendría que integrar con otro juez y como ello no es factible por la oralidad de todo el desarrollo del proceso, no queda otro remedio que iniciar el juicio de nuevo (ver art. 365, última parte en lo que hace a la imposibilidad de continuación del debate por más de diez días de suspensión).

Con referencia a la congruencia que determina que la sentencia deba expedirse sobre el mismo hecho que animó a la acusación y determinó la contestación por la defensa, y reguló la prueba, lo cierto es que el tribunal siempre que se trate del mismo hecho, puede tratar su encuadramiento legal en la ley de fondo en forma diferente e, incluso, aplicar penas más graves o medidas de seguridad.

Pero si del acto del dictado de la sentencia resultare que en el debate se trató *otro hecho* diferente al de las acusaciones, el tribunal dispondrá la remisión del proceso al juez competente.

Todo lo hasta aquí tratado se rige por los arts. 399 y 401.

De tal gravedad es la no observancia de las formas que la ley impone a la sentencia y el respeto de todos los aspectos de su contenido, que ella misma fulmina la nulidad de la sentencia si:

1) el imputado no estuviere suficientemente individualizado;

2) faltare o fuere contradictoria la fundamentación;

3) faltare la enunciación de los hechos imputados;

4) faltare o fuere incompleta en sus elementos esenciales la parte resolutiva;

5) faltare la fecha o la firma de los jueces o del secretario.

Y esta nulidad es articulable por vía del recurso de casación por ante la Cámara de Casación, que, como tribunal de alzada, por este medio puede anular la sentencia y mandar que se dicte de nuevo con respeto de todas las formas (art. 457... *contra la sentencias definitivas*..., en los casos especialmente previstos por la ley, arts. 404 y 471).

c) Contenido

A partir de su respectiva fundamentación se arriba a los siguientes resultados:

1) Condenación penal

Esta situación ya ha sido explicada precedentemente e implica la fijación de las penas y medidas de seguridad que correspondan y resolverá sobre el pago de las costas (art. 403).

El Código viejo imponía que en el acto de la sentencia, en su cuerpo fundacional (art. 495, *in fine*) se dejara constancia del día de detención y en su caso el de los respectivos ceses si los hubo. Y luego, en el art. 496 —sobre el tiempo de detención sufrido por cada uno de los procesados— se obligaba a poner en la parte dispositiva la fecha del vencimiento de la pena impuesta si el procesado se encontraba detenido (art. 496, inc. 1°).

Esta previsión no es un capricho del antiguo legislador, sino el cumplimiento de la exigencia del art. 24, CPen. en cuanto a cómputo de la prisión preventiva, y la exigencia del art. 143: alcaide que recibe algún reo sin testimonio de la sentencia firme con la pena impuesta y el inc. 1° del mismo artículo en cuanto se retuviere a un preso por más tiempo del debido.

Antes de la letra vigente, en el art. 496, inc. 1°, Código de Procedimientos viejo, el testimonio de la sentencia y el del cómputo eran los correspondientes a dos actos; para evitar esa duplicación y la posibilidad de omisión, se impuso la inserción en la sentencia misma. Ello ha sido silenciado en el Código nuevo, por cuanto le atribuye la actividad de cómputo, cuestionamiento, recurso, intervención por ello al tribunal de juicio después del dictado de la sentencia y en acto separado. Trámite muy largo e innecesario. Era más corto, preciso y terminante el procedimiento viejo.

2) Absolución penal

La sentencia absolutoria penal ordenará, cuando fuere el caso, la libertad del procesado y la cesación de las restricciones impuestas provisionalmente, o la aplicación de medidas de seguridad (art. 402).

3) Condenación civil

En el proceso penal, con ajuste a la permisión del Código Penal en su art. 29, se puede intentar el ejercicio de la acción civil con la pretensión de la reparación del daño causado por el hecho del delito, y así obtener la restitución de la cosa o la reparación o la indemnización del daño moral y material sufrido en su consecuencia.

Por ello el nuevo Código constituye en parte al actor civil, con independencia del querellante o junto con él (asume éste los dos roles) —ver arts. 82, 87 y 89— actuando desde el inicio de la instrucción (art. 91), pidiendo toda la prueba que haga a su derecho. Luego, en el momento del requerimiento de elevación a juicio, el actor civil promueve la "demanda" y traba la litis con el imputado como demandado civil directo y/o con el tercero civil responsable (art. 1113, CCiv.), en cuyo caso debe demandar a ambos.

Se regula la facultad, junto con las de las demás partes, para ofrecer y producir prueba en el debate y alegar y acusar al final del mismo.

Y consecuencia de todo ello es que, al dictarse la sentencia, ésta deba pronunciarse además sobre ese aspecto siendo clara la disposición de la ley al respecto: "...Dispondrá también, cuando la acción civil hubiere sido ejercida, la restitución del objeto materia del delito, la indemnización del daño causado y la forma en que deberán ser atendidas las respectivas obligaciones" (art. 403, última parte, CPP).

d) Fórmula práctica de redacción

En lo que hace al aspecto práctico y dada la forma impuesta por la ley respecto tanto del contenido de la fundamentación, como de la distribución de su resolutorio, se debe señalar que siempre se ha aceptado en tribunales una plantilla de desarrollo de la sentencia que divide sus partes en los siguientes pasos: 1) *Y vistos*: en el cual se pone lugar y fecha, individualización de las partes y proceso de que se trata y tribunal en que tramita; 2) *Resultandos*: que es la narración del hecho que resulta de las constancias probatorias de la causa, incluyendo las peticiones de la acusación y la defensa; 3) *Considerando:* que es el análisis de materialidad del hecho y responsabilidad del imputado, con calificación legal del hecho, de la participación del procesado, atenuantes y agravantes de la pena que le corresponda; 4) *Fallo*: que es la parte dispositiva, que contenía la condena o la absolución en su caso.

Esto era mera práctica, pero resultaba buena y encasilla las exigencias de la ley en orden a las formas.

No existe óbice para que hoy con la nueva ley esa plantilla siga siendo usada.

e) Plazo

En lo que hace al plazo para su dictado la ley plantea una problemática y una solución, que no es muy ortodoxa a nuestro juicio.

En efecto, al regular el cierre del debate (art. 393, última parte) dice que el presidente convocará a las partes a audiencia para la lectura de la sentencia.

Y en el art. 400, última parte del segundo párrafo, dice que —por las circunstancias que prevé— la audiencia de lectura se efectuará, bajo pena de nulidad, en el plazo máximo de cinco días a contar del cierre del debate.

De la conjunción de ambas normas resulta que la audiencia a la que debe convocar el presidente al cierre del debate tiene un *plazo máximo* de cinco días sobre el cierre.

De esta manera está todo listo: fijada la audiencia y convocadas las partes para oír la lectura de la sentencia.

Se prevé que emitidos los votos por los jueces en la etapa de deliberación, se redactará la sentencia, se agregará al expediente y el tribunal se constituirá nuevamente en la sala de audiencias, *luego de ser convocadas las partes y los defensores.*

Lo subrayado está demás en la norma, por cuanto tanto la fijación de audiencia, como la convocatoria ya estaban cumplidas desde la fecha del cierre del debate.

En esa audiencia y ante las partes, el presidente tiene que leer la sentencia. Si no lo hace o si es larga, y pretende entregar copias u omitir lectura, el acto es irremediablemente nulo.

Esto es lo normal. Pero la ley prevé una situación anormal, que se da cuando por la complejidad del asunto, o lo avanzado de la hora, no pudiese ser cumplida tal lectura, y fuera necesario diferir la redacción de la sentencia, así se hará y en esa audiencia la lectura se reducirá tan sólo a su parte dispositiva, fijándose audiencia para la lectura integral, y cuya fecha no podrá superar los cinco días a contar de la fecha de cierre del debate.

Este disloque que lleva a que las partes conozcan el fallo, las penas impuestas... y no sepan por qué; es decir que se produzca un acto incompleto, a tal punto que llevaría a que los recursos que pudieren interponerse no tengan término abierto sino sólo a partir de la lectura de los fundamentos; ...este disloque que lleva a que se dicte sentencia y luego sus fundamentos es el mismo disloque que ofrece el peligro de que el razonamiento medido, regulado y congruente, que es el asiento de las premisas en acto escrito, lleve a discordancia con la parte dispositiva; aun cuando ésta sea pequeña, pero discordancia. No tiene razón lógica de ser.

No tiene razón porque:

1) Cuando los jueces llegan a la deliberación *ya conocen todo el contenido del juicio*, porque lo han vivido paso a paso en las audiencias que han tenido que escuchar bajo pena de nulidad.

2) Cuando emiten su voto en el curso de la deliberación, lo tienen que hacer sobre todos los puntos que abarca el debate y *en forma fundada*. Es decir ya están los fundamentos redactados por cada voto.

3) Cuando emitidos los votos haya que decidir, ello se hará por mayoría de ellos. De esta manera los votos no desaparecen, sino que fundan la sentencia. Ya está hecho.

4) En el acta se deben asentar las disidencias.

5) No hay motivo para dilación porque lo lógico es que en el acta se asienten todos los votos, ya redactados y fundados (art. 398, párr. 2°) y se compute la mayoría y se redacte sólo la parte dispositiva.

6) Cuando por la causa que sea, sólo debe leerse la parte dispositiva en la audiencia y diferir la lectura de los fundamentos, lo cierto es que esa parte dispositiva ya está hecha. Entonces ¿dónde está el motivo, para dividir el acto final?

7) Por último, cuando el presidente fija al cierre del debate (art. 394, última parte) la audiencia de lectura de la sentencia y convoca a las partes, tiene un margen último de cinco días, para señalar la fecha. Cuando esa fijación se hace, los jueces ya saben cuál es la complejidad del asunto. La fijación de la audiencia puede y debe hacerse de entrada en el límite máximo, con lo cual el tribunal se toma para la redacción total de la sentencia el tiempo máximo de ley, sin necesidad de estar cambiando audiencias. Y sin llegar a la división del acto sentencia en la forma que criticamos.

II. Conclusión anormal

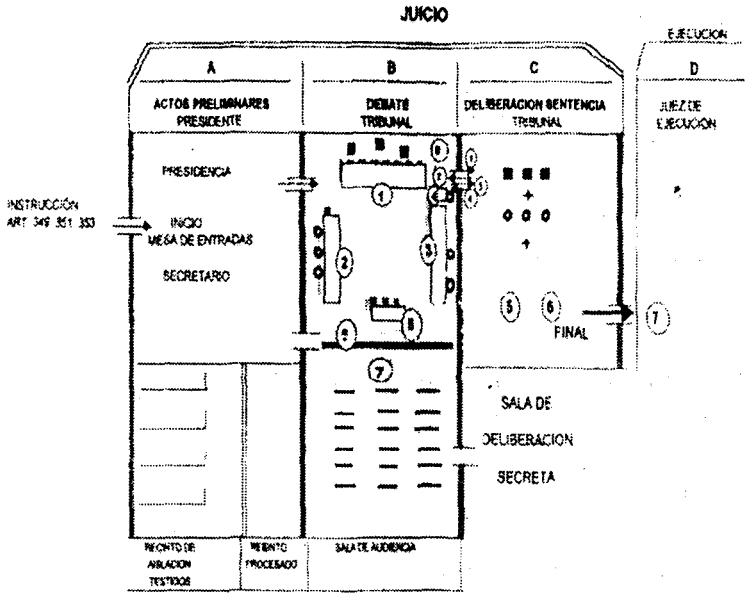
1. El sobreseimiento por causas extintivas de la acción en el curso del juicio

La conclusión anormal del proceso se da en el caso en que, ya por cuestiones de fondo, como es el supuesto de que sin poder allegar más elementos de juicio por agotada la investigación, no pudo demostrarse la existencia del hecho, o que él no es delito, o que por demostrado ello, no pudo verse que el imputado sea el responsable, se debe *cerrar el curso* del proceso y se sobresee; posibilidad que tiene un límite en el curso del proceso.

Esta situación de cierre del proceso también se presenta cuando, no ya por cuestiones de fondo, sino por las de forma lo que no puede ser considerado útil es el proceso mismo como instrumento, por cuanto él se ha extinguido ya por muerte de la acción, como la prescripción; ya por desconexión del hecho típico (precepto) con la sanción, como es el caso de la amnistía general; ya por falta de destinatario de la pena, por la muerte del procesado; ya por mediar cosa juzgada. Esta imposibilidad formal lleva a una terminación anormal (fuera del tiempo y alcance oportunos) del proceso.

Ello si bien esa extinción del proceso es articulable por vía de excepciones, lo cierto es que su oposición tiene un lapso útil de cumplimiento y ello impediría, fuera de ese lapso, su articulación. Pero no es así por cuanto los órganos públicos del proceso —juez y fiscal— tienen la obligación de levantar de oficio el cese de desarrollo útil del proceso y plantear en cualquier momento la cuestión que, por acreditada, determina el dictado del sobreseimiento.

ESQUEMA DEL ASIENTO TERRITORIAL DE LA ETAPA JUICIO: SECTORES. CONTENIDO



Referencias:

Tránsito del expediente
desde entrada hasta sentencia

Tránsito del testimonio
de la sentencia condenatoria

A. Actos Preliminares (arts. 354/362, CPP)

— Presidente
Escrito
Público para las partes
— Control regularidad
— Citación a juicio
— Ofrecimiento prueba
— Instrucción suplementaria
— Excepciones
— Decreto — Audiencia
— Fecha
— Citación

B. Debate. Audiencia (arts. 363/395, CPP)

— Tribunal Público - Oral
— Continuo - controvertido
Lugar: Sala de Audiencias
1: Estrado jueces
2: Acusación: Fiscal - Querellante - Actor civil
3: Defensa: Procesado - Defensor
4: Secretario
5: Asiento con micrófono: declaraciones procesado, testigo, peritos, etc.
6: Baranda divisoria
7: Público
8: Acta del debate y cierre

C. Deliberación y Sentencia (arts. 396/404, CPP)

1: Tribunal con secretario. Secreto, cada juez vota (art. 398)
2: Tribunal vuelve al recinto para leer veredicto o sentencia (art. 400)
3: Vuelta a redactar sentencia
4: Reingreso a recinto para leer sentencia (art. 400)
5: Secretario realiza cómputo pena (arts. 24, CPen. y 493, CPP)
6: Sentencia escrita se agrega al expediente (art. 400, CPP)
7: Testimonio sentencia y cómputo pasa al Tribunal de Ejecución

CAPÍTULO XIX

MEDIOS DE IMPUGNACIÓN - RECURSOS

SUMARIO: I. Concepto: a) Institución y regulación legal de los medios de impugnación; b) Efectos; c) Adhesión; d) Desistimiento; e) Tratamiento por parte del tribunal que dictó la resolución impugnada y por el de alzada; f) Facultades del tribunal de alzada en función del recurso admitido; g) Clasificación de los recursos por la amplitud de la materia de tratamiento.— II. Método de regulación legal: a) General; b) Específico.

I. CONCEPTO

El recurso es un instituto jurídico-procesal que tiene por objeto provocar una reconsideración o revisión de una resolución judicial por el mismo órgano que la dictó o por otro superior, según el caso, con la finalidad de que se la deje sin efecto en todo o en parte, esto es que se la revoque o se la reforme.

Cuando se habla de *"resoluciones" judiciales* se lo hace como término general, omnicomprensivo de las distintas clases de pronunciamientos. Éstos pueden ser: las sentencias; los autos; los decretos, que en todos los casos deben ser fundados, salvo una subforma admitida con relación al último que se denomina "decreto simple". A esto se suman las providencias de mero trámite. Y a todas se las agrupa por un lado en definitivas y por el otro en interlocutorias.

Respecto de este último grupo se las distingue entre las que se dictan *con sustanciación previa* (petición —traslado— eventual prueba y resolución), lo que supone que cada uno ha tenido oportunidad de verter sus argumentos; y *sin sustanciación* alguna, lo que priva de esa oportunidad.

Cuando las providencias son adversas a las partes, se dice que les causa agravio. Este agravio es el que funda el motivo para recurrirla.

Hay tipos de resoluciones con relación a las cuales la recurribilidad queda supeditada a que aquéllas adquieran el carácter de definitivas y mientras ello no ocurra, en el trámite, no se admite el recurso. Pero hay algunas que generan un agravio de tal naturaleza, que si no es en ese momen-

to, no se lo puede reparar en el futuro, ésas son las que se distinguen con la fórmula "cuando causan gravamen irreparable", respecto de las cuáles la vía recursiva, restringida, se abre (ver art. 449).

Para el manejo práctico, el tribunal de cuya resolución se recurre para ante otro superior, se llama *a quo* y el superior *ad quem.* El que interpone el recurso: recurrente y el que no recurre, pero se lo lleva con el recurso del otro, se llama recurrido.

a) Institución y regulación legal de los medios de impugnación

Fuera de los que pueda considerar y admitir la doctrina, los únicos medios de impugnación recursiva son los que la ley instituye (art. 432).

Y, dentro de cada uno de los medios previstos, es también la ley la que regula los casos a que ese recurso se aplica. Ello se sintetiza en la indicación expresa del tipo de resolución de que se trata como recurrible, y las circunstancias que deben reunirse.

Estos dos últimos aspectos imponen, como llevada de la mano, la obligación de exponer en la interposición del recurso de que se trate los "motivos" en que se funda su procedencia. No se trata de fundar la procedencia de la revocatoria total o parcial del auto en recurso, sino los núcleos en que se reúne el agravio causado por él y en torno al cual o a los cuales serán luego expuestos los fundamentos.

Con relación a la persona que tiene el derecho de recurrir, la regla es que la ley la señala concretamente para cada caso y además le exige que, no obstante tener el derecho, éste debe ser ejercitado *cuando se tuviere por el titular un interés directo.*

Cuando la ley guarde silencio en cuanto a cuál de las partes le acuerda el derecho de recurrir, en ese caso, el derecho se extiende a todos, pero siempre con la mediación concreta de un interés directo para el que intente su promoción (ver arts. 432 a 438).

Para todos los casos con las variantes que para cada uno, en el recurso de que se trate se puedan prever, pero se repite: *para todos los casos*, y como regla general, se debe exigir que el recurso sea interpuesto en *término útil* a partir de la notificación de la resolución que se va a impugnar, dejando la fijación temporal de ese término para la regulación específica de cada recurso, o, en su defecto, fijando un término general base y remitiendo, esta vez, a la excepción en más o en menos que en cada caso específico regula la ley.

Podrá ser interpuesto en forma verbal o escrita, según lo permita o mande concretamente la ley en cada tipo de recurso.

Para todos la ley indica ante quién debe interponerse y quién debe expedirse sobre su otorgamiento o denegatoria. Generalmente es en sede del tribunal *a quo*, esto es: el que dictó la resolución que se impugna. Pero hay casos en que se debe interponer *directamente* en el tribunal de alzada o lo que se conoce como *ad quem.*

Todos los requisitos deben ser cumplidos, bajo pena de inadmisibilidad.

La concreta indicación de los "motivos" a que obedece el recurso de que se trate, impuesta por la ley como requisito para la procedencia de su otorgamiento y que luego se convierten en la alzada en base de desarrollo de los fundamentos, merece a esta altura del desarrollo jurisprudencial una particular dedicación de los tribunales de la Capital Federal, por cuanto en ella la contradicción es flagrante, no habiéndose, hasta ahora, acertado con un concepto fijo y uniforme válido para que los intervinientes en el proceso (todos los sujetos: juez y partes) sepan en cada caso a qué atenerse (en los simples y en los complejos) para evitar desacertados procederes [1].

[1] El dar el motivo de la impugnación, requerido por el art. 438, CPP, no se satisface con la manifestación de la defensa de que la resolución impugnada le causa "gravamen irreparable".

Cám. Nac. Crim., sala VII (int.), Bonorino Peró, Ouviña, Piombo (Inst. 33, Sec. 170), 28/10/1992, "Alesi, Cristián L.", causa 43.

La expresión "causándome gravamen irreparable" es el fundamento genérico de toda apelación y no equivale a la específica indicación de motivos que prescribe como condición de admisibilidad el art. 438, CPP.

Cám. Nac. Crim., sala V, Catucci, Madueño (Inst. 21, Sec. 165), 27/10/1992, "Pneth, Pedro", causa 24.

En contra: La manifestación "causar gravamen irreparable" satisface la exigencia del art. 438, CPP.

Cám. Nac. Crim., sala VI, Argibay, Camiña (Inst. 23, Sec. 139), 3/12/1992, "Chiappe, Clotilde", causa 147.

En forma precisa:

La manifestación del fiscal que apela la excarcelación concedida por "caución inadecuada" satisface la exigencia del art. 438, CPP, puesto que indica el motivo en que se funda la impugnación, habida cuenta lo requerido al contestar la pertinente vista.

Cám. Nac. Crim., sala VII (int.), Bonorino Peró, Ouviña, Piombo (Inst. 33, Sec. 170), 21/10/1992, "Soto Ares, Jorge H.", causa 31.

Alcance de la exigencia:

El requisito de motivación alcanza en el CPP, tanto al recurso de apelación (art. 438), como a la instancia de nulidad (art. 170, último párrafo).

Cám. Nac. Crim. (Correc.), Escobar, Campos, Valdovinos (Correc. 1ª, Sec. 52), 10/11/1992, "Andrada, Claudia", causa 51.

Por su parte la Cámara Federal de San Martín, provincia de Buenos Aires, también sobre el punto:

Deben ser declarados inadmisibles en los términos del art. 438, CPP —ley 23.984—, toda vez que no se ha indicado específicamente los motivos en que basan su apelación.

b) Efectos

Esos remedios recursivos administrados contra resoluciones cuya modificación se aspira, se deducen contra algo que ya está dictado y el interrogante se plantea sobre qué incidencia tiene la impugnación sobre ellas durante el curso del trámite que ésta genera, hasta que se arribe a la resolución firme. Es decir, si esa resolución impugnada, mientras tanto se cumple o no.

Esta incidencia es lo que se denomina "efectos" del recurso.

La ley debe regular en cada caso y para cada tipo de recurso su "efecto"; pero como forma de simplificación se puede recurrir a la fórmula general, excepcionable en cada caso y únicamente para ese caso particular, de que el "efecto" siempre es suspensivo. "Efecto suspensivo" es así, que el recurso de que se trate tiene *su efecto o incidencia sobre* la resolución impugnada, *suspendido hasta* que triunfe ante la alzada. En su consecuencia, la resolución impugnada, mientras tanto, no se cumple.

Hay casos concretos, en lo que por expreso mandato legal, se le quita al recurso esa falta de incidencia y se dice "sin efecto suspensivo", en cuyo caso la interposición del recurso no interrumpe el cumplimiento de la resolución impugnada a resultas de su tratamiento y resolución por la alzada la resolución se ejecuta. Se da en los casos como el que concedida una excarcelación, ésta es apelada por el fiscal que a ella se opuso; el recurso no tiene su efecto suspendido, sino que el auto de soltura se ejecuta. También se lo ve en el caso de sobreseimiento, apelado por el fiscal o el querellante, ese recurso no obsta a que el efecto del recurso sea de tal suerte que el auto tenga vigencia (ver arts. 332, 337 y 338).

La doctrina y el Código Procesal Penal nacional viejo distinguían estos efectos de los recursos bajo la clara rúbrica de *suspensivos y devolutivos*, reservando esta última para todos los casos en que la resolución se cumplía.

Además de este "efecto" del recurso existe otro tipo de efecto, cual es el del alcance en orden a las partes a quien beneficia, siempre que ellas sean

---

Conforme al art. 435... el Tribunal de Alzada sólo puede avocarse al conocimiento de los puntos de la resolución a los que se refieren los motivos del agravio, determinándose así el límite de la jurisdicción y el objeto preciso sobre el cual recae aquél.

Cám. Fed. San Martín, sala II, Sec. Penal nro. 2, reg. nro. 15 (int.), 27/11/1992, "Ortega, José y otros", causa 60.

En idéntico sentido: Causas "Ruiz, J. A.", 27/10/1992, reg. 14, causa 63, "Ruiz, J. A., s/excarcelación", 27/10/1992, reg. 13 y causa 114, "Cía Rambaux s/excarc.", 17/11/1992, reg. 47, todas de la sala II. Se declararon inadmisibles los recursos interpuestos contra las resoluciones que decretaban los procesamientos y prisiones preventivas y excarcelaciones de los encartados.

del mismo grupo acusado. Así, si uno de los coprocesados interpone un recurso, que no esté fundado en motivos estrictamente personales, como es el de la vigencia a su respecto de una excusa personal, ese recurso se extiende en beneficio de todos los demás coprocesados aun cuando ellos no hayan recurrido. Este efecto es el que se llama "efecto extensivo" (ver art. 441).

Se incluye dentro de tal extensión beneficiante, la del recurso interpuesto por el demandado civil cuando éste alegue la inexistencia del hecho, se niegue que el imputado lo cometió o que no constituye delito o alegue que se extinguió tal acción. Todo lo hace el civilmente demandado en su propio beneficio, pero se extiende, por cierto, al procesado. Por ello es que este recurso, no deducido por el procesado, lo beneficia y se extiende a él (ver art. 441, 2ª parte).

c) Adhesión

El de adhesión es un recurso de antigua existencia en la ley procesal penal de la Nación, por cuanto en el viejo Código nacional se lo instituyó en su art. 522 el que regulaba su procedencia, cuando en la alzada al apelado (es decir al contrario no apelante) se le corría traslado de la expresión de agravios.

Este sujeto procesal que no había recurrido (porque se le venció el término o porque estaba satisfecho con el resultado a su favor), se convertía así en parte de la nueva instancia, la que también se abría para él y sus pretensiones.

Se recuerdan ejemplos de la actuación de este recurso en la historia de la Cámara del Crimen de la Capital en casos como aquel en que habiéndose dictado sentencia condenatoria en primera instancia coincidente con la petición del agente fiscal, éste no apeló y, en consecuencia, no se abrió la instancia de la cámara. En cambio, por la condena y con aspiración de revocatoria, apeló el procesado, abriendo él sí la instancia; en la creencia cómoda de que podía triunfar sin peligro porque, a lo sumo, lo más grave sería que se le confirmara la condena pues no había instancia fiscal. A la expresión de agravios del procesado se adhirió el fiscal de cámara, quien manifestó los suyos, pidió aumento de la pena impuesta y la cámara sobre la base de la apertura de la instancia, confirmó la condena; pero aumentó la pena de doce a dieciocho años de prisión.

Este recurso peligrosísimo para el no avisado, fue suprimido del Código nacional en una de sus reformas.

Hoy el nuevo Código Procesal Penal de la Nación lo instituye, señalando sus beneficiarios, la oportunidad de su interposición y los recaudos que ella debe reunir (arts. 439, 453, 454, 465 y 466).

Debe resaltarse de inicio que este recurso permite la adhesión *a los contrarios* —no a los del mismo bando— por lo que el fiscal o querellante pueden adherir al de la o las defensas (directo o por el efecto extensivo) y viceversa, la defensa al fiscal [2]. Incluido el caso del condenado civil que cuestiona la existencia del hecho, que sea delito, o la responsabilidad del procesado a quien se extiende el efecto del recurso que aquél interponga (art. 441, última parte).

Como el efecto extensivo *beneficia* sólo a los coprocesados y no se prevé la extensión para la acusación ni hay adhesión entre iguales, si *uno* de los acusadores (fiscal o querellante) o el actor civil no apela y el o *los otros sí*, no puede adherir y, como no hay extensión, no será parte en la alzada.

Para poder adherir se requiere en primer lugar tener el derecho acordado por la ley de recurrir; que, sea por la razón que sea, no ejercitó.

La ley fija un término dentro del cual la adhesión debe producirse y aun cuando el monto temporal de ese término varíe en cada caso, lo cierto es que la oportunidad y su medida es la misma: el término de emplazamiento (arts. 439, 451, 453, 464 y 465).

La sistemática es: a) interpuesto el recurso ante el órgano que dictó la resolución impugnada, éste, si lo concede, deja emplazada a la parte para que ocurra durante un lapso que la ley fija en cada caso, ante el órgano de la alzada; b) en este último se pone el expediente a disposición de las partes para que manifiesten si mantienen el recurso o no; c) en el curso de este lapso, es cuando se puede adherir. La ley impone que al fiscal de cámara, en todos los casos se le remita el expediente al efecto (art. 453).

El ejercicio del derecho de adherir está sujeto a exigencias cuyo incumplimiento se sanciona con la inadmisibilidad. Esta exigencia es la de expresar en ese momento los "motivos" en que se funda. El concepto de éstos ya ha sido explicado. El desarrollo de los fundamentos se hará en la audiencia que fija la alzada al efecto.

A partir del momento en que la adhesión queda aceptada y, por ende, concedido el recurso, el período de emplazamiento durante el cual el expe-

[2] CREUS, Carlos, *La acción resarcitoria en el proceso penal* —p. 229, nro. 5—. Adhesión al recurso ajeno... Aunque algunas leyes procesales no lo exponen con claridad..., la adhesión sólo es posible al recurso de la contraria. Precisamente por falta de declaración legislativa, alguna vez se emitió una opinión distinta. Ver NÚÑEZ, *Código...*, p. 455, donde la critica.

diente está en la oficina (tal como lo dice la ley, tiempo de oficina) es común, incluido el adherente, y para ellos la audiencia para exponer fundamentos también lo es. La instancia está abierta para todos.

La expuesta es nuestra posición sobre el punto.

Con posterioridad al comentario que antecede la Cámara Nacional de Casación, con fecha 16 de setiembre de 1993 (sala II, causa 24, "Cevasco, Luis s/recurso de casación"), emitió sobre este recurso la siguiente jurisprudencia:

a) La adhesión no sólo funciona respecto del recurso de la contraparte pues el Código Procesal Penal no distingue entre distintas partes para interponerlo. Además el principio de igualdad se vería afectado si no se admitiera a la coparte y sólo se reservara para el adversario;

b) El instituto de la adhesión ha sido estructurado como un verdadero recurso, con subsistencia y efectos propios, por lo cual no sólo no afecta al adherente el desistimiento del fiscal de Cámara sino que además podría éste ampliar la esfera cognoscitiva y esgrimir sus propios motivos, pues si debiera atenerse a los del recurrente sobraría la imposición de expresarlos que hace el ordenamiento legal (art. 438, CPP);

c) Dado que la adhesión otorga una nueva oportunidad a quien no ha recurrido en término legal, con más razón podrá beneficiar a la parte que sí lo hizo pero omitió motivar debidamente su recurso, máxime cuando demostró en todo momento interés en impugnar dicha resolución.

No compartimos el criterio sustentado por la Casación y nos mantenemos en nuestra posición interpretativa por cuanto ese *recurso tardío*, precisamente por exceder la oportunidad normal que la misma ley acuerda para recurrir en y para todos los casos, debe ser de interpretación restrictiva. El término para recurrir en forma normal impuesto por la ley, es perentorio en forma igualitaria para todas las partes; para todas su no uso oportuno produce el mismo efecto: caducidad. Ello se vincula a la esencia misma del proceso: su progresión; funciona por impulso y preclusión. Aunque la ley en un párrafo de su letra no lo distinga, no surge la autorización para concluir interpretando en contra de su sistema.

La parte que no recurrió en su momento oportuno puede estar en esa situación porque se le pasó inadvertidamente su término. La consecuencia de tal negligencia es lo que se llama consentimiento y por él la resolución agraviante queda firme.

Pero la ley procesal le cubre esta negligencia y, siempre que cumpla con todos los demás recaudos de procedencia, le acuerda un tiempo extra (el del emplazamiento) para recurrir. Ésta es la adhesión. Pero tiene que te-

ner su agravio, su interés y en consecuencia, *sus motivos*. Es decir, la resolución tiene que causarle agravio que funde su interés.

Si la no deducción del recurso en tiempo oportuno en la instancia inferior se debió a que la resolución, por satisfacer sus aspiraciones, no lo agraviaba, resulta incuestionable que *no tiene motivo alguno* que exponer que justifique su recurso. Lo que ocurre es que, al conmoverse o al verse amenazada la resolución que a él le satisfizo, los *motivos* de la contraria, recurrente regular, lo ponen en peligro, y por ello es que la ley, dado que cuando los conoció su término estaba vencido, le crea una oportunidad, en la etapa de emplazamiento de rebatir la posición del recurrente (su contrario). Lo que va a exponer en este caso no pasa de ser un *contra motivo*, en la aspiración de que no triunfe la posición del contrario. Consecuencia de todo ello es que todo se reduce a que la ley confiere una original forma de traslado a la contraria. Es decir, subsiste en el régimen actual, aunque encubierto, el traslado a la recurrida del antiquísimo régimen.

Permitir que se pueda adherir al recurso de la coparte sería como conferir un traslado de sí mismo. Si porque la ley no distingue se extiende la adhesión de los acusadores entre sí, la motivación de cada uno sería repetitiva, la aspiración ante el superior también lo sería, y bastando un solo agraviado, se terminaría saneando sólo la negligencia del que no recurrió en su momento legal. Y lo mismo ocurriría si se tratara de los coacusados. Por lo demás podría darse el caso de las adhesiones cruzadas.

En síntesis, sólo puede adherir el no recurrente como parte satisfecha, que se agravia por la motivación de su contraria que puede hacer caer una resolución que lo beneficiaba. Sus *motivos* no son sino una contestación de traslado de los agravios.

Nos reiteramos en nuestra crítica a este recurso —o instituto como la rotula la Casación— y propugnamos su supresión de la letra de la ley. El que no recurre a su tiempo, consiente; respecto de lo expresado en agravio por el recurrente, el tribunal sabe lo que tiene que hacer y no necesita ayuda de la otra parte. No hay lesión a la igualdad, por cuanto el no recurrente ya tuvo su oportunidad.

d) Desistimiento

El recurso interpuesto y el concedido ya, tanto estando todavía la causa en sede del órgano judicial de origen (el tribunal que dictó la resolución recurrida), como habiendo arribado ya al de la alzada y en cualquier estado del trámite, antes de dictada la resolución que resuelva la impugnación, puede ser desistido.

Este desistimiento puede ser asumido por cualquiera de los titulares de los recursos concedidos. En el caso de un recurso interpuesto en favor de un procesado, el defensor para desistir debe tener mandato expreso de su representado. Este recaudo, por cierto, se cumple, con rapidez y sencillez, haciendo firmar por derecho propio con patrocinio del letrado, al propio procesado; al que el tribunal cita y le recibe la ratificación en audiencia.

En lo que hace al fiscal de cámara, él puede desistir de sus propios recursos; incluyendo en ellos los que hubiere obtenido el representante del Ministerio Fiscal de primera instancia. El recaudo exigido por la ley es que el *desistimiento sea fundado.*

El efecto del desistimiento es el cierre de la instancia para el que ha desistido en lo que hace a su petición. Si todos están de acuerdo y todos desisten, la resolución de primera instancia queda firme y la causa se devuelve a su origen, con imposición de las costas. En cambio, si sólo uno o unos desisten, la instancia queda abierta para los que no lo hayan hecho, no perjudicándolos en nada (art. 443).

e) Tratamiento por parte del tribunal que dictó la resolución impugnada y por el de alzada

Una vez interpuesto el recurso de que se trate, cualquiera que él sea y que demande la intervención de alzada (el de reposición queda excluido) el tribunal ante quien se dedujo tiene que proveer su admisión, es decir: concederlo, o no hacer lugar, es decir rechazarlo.

Este tratamiento debe ser conferido inmediatamente después de la interposición, sin trámite alguno, y en lapso que la propia ley fija en casi todos los casos.

La denegatoria y consiguiente rechazo del recurso deducido debe ser fundada, ya en que el que recurrió no tenía derecho para hacerlo, o que teniéndolo lo hizo fuera del término de ley, ya porque no observó las formas impuestas por ésta; o lisa y llanamente, porque la resolución no es recurrible.

Esta denegatoria da origen al recurso de queja por recurso denegado (art. 476), que se deduce por ante el tribunal de alzada en forma directa, fundando su procedencia y discutiendo los fundamentos del auto denegatorio, con la aspiración de que la alzada lo conceda.

Cuando el órgano de origen lo concede, en el mismo decreto que lo provee, deja convocadas a las partes beneficiarias para que, sin necesidad de nueva notificación, concurran ante el tribunal de alzada dentro de un lapso que denomina término de emplazamiento, en el que el tribunal de alzada pone el expediente en la oficina ("término de oficina" lo llama el Código) para consulta de las partes.

Para ello es que el órgano de origen al conceder el recurso eleva a la alzada las actuaciones que hubiere, o documenta las que correspondan.

Las actuaciones arrimadas a la alzada, con recurso concedido, vuelven a pasar por otro estudio de procedencia, por cuanto la misma considera, por sí, si el recurso es procedente.

Si *no* lo es, por los mismos motivos que hubo de considerar al *a quo*, el *ad quem* revoca el auto de concesión y devuelve las actuaciones (art. 444).

Para los recursos que se inician en el órgano inferior, en forma igual para todos pero con términos diferentes, durante el "tiempo de oficina" que no es sino el de emplazamiento, el recurrente debe manifestar si mantiene el recurso. En ese mismo término puede haber adhesión de los apelados (es decir de la parte contraria o de las copartes, según la jurisprudencia de la casación) y si no la hay, y el o los recurrentes expresamente no mantienen el recurso o guardan silencio, dejando vencer el término para expresarse, el recurso se declara desierto y se devuelven de inmediato las actuaciones. Por cierto que si ello es parcial la deserción también lo es, y la alzada continúa con los que se mantengan (art. 453).

En todos los casos el tribunal de alzada escucha a las partes recurrentes en audiencia pública, que fija para después que termina el llamado "término de oficina" es decir el del emplazamiento. La fijación de la audiencia no puede ser sino con un intervalo no mayor de un pequeño lapso que la ley fija en cada caso.

En esa audiencia con mayor o menor amplitud, incluso con debate, las partes exponen sus posiciones relativas al recurso. Luego de ello, dentro del lapso máximo que la ley en cada caso fija, el tribunal de alzada dicta su resolución.

Ver arts. 444, 450 última parte; 451/455, 464, 465/471 y 475.

f) Facultades del tribunal de alzada en función del recurso admitido

El recurso admitido abre la instancia superior *en la medida misma de la materia cuestionada* en torno de la resolución impugnada de que se trate.

Únicamente sobre ello puede expedirse la alzada y aun en los casos en que llegare a concluir que es procedente agravar la pena, si no tiene la instancia abierta, ya por recurso directo o por el de adhesión, no puede hacer.

En cambio teniendo la instancia, abierta en acusación —instancia fiscal— directa o por adhesión, puede modificar o revocar la resolución, aun a favor del imputado.

Sobre todo este punto legisla el art. 445.

g) Clasificación de los recursos por la amplitud de la materia de tratamiento

Los recursos se dividen doctrinariamente, según la diferencia del rubro, en dos grandes grupos:

1) *Ordinarios*: son los que llevan a una revisión tanto de los hechos, como del derecho. Sobre la base de tal concepto se tipifican el de reposición, el de apelación, el de queja, el de revisión fuera del caso de la ley más benigna.

El de casación resulta, pese a la determinación inicial (art. 456) y sobre la base de las ampliaciones de los arts. 457 a 462, en parte únicamente sobre el derecho, pero en mucho también sobre los hechos. De este modo lo enrolamos parcialmente como ordinario.

2) *Extraordinarios*: son los que llevan la revisión sólo al derecho. Sobre ello, enrolamos en este rubro: el de casación en su expresión pura que abarca tanto la inobservancia o errónea aplicación de la ley sustancial, como la inobservancia de la ley de forma que lleva a las sanciones de inadmisibilidad, caducidad y nulidad.

Se suman a este grupo el de inconstitucionalidad ante el Tribunal de Casación; como también el federal ante la Corte Suprema de la Nación, pues el instituto respectivo, recurso extraordinario de la ley 48, art. 14, no ha sido derogado, por cuanto es ley de la Nación.

El de revisión cuando procede por derogación o modificación de la ley penal, que desemboca en la ley penal más benigna —art. 2°, CPen.—, es de pura estirpe extraordinario; sólo se expide por la aplicación de la ley que corresponda.

La ley en su letra no hace clasificación de ello, pero no los ignora, sino que sobre su base regula el efecto suspensivo de los recursos. Ello ocurre en el art. 442, que dice: "La interposición de un recurso *ordinario o extraordinario* tendrá efecto suspensivo, salvo que expresamente se disponga lo contrario".

Debe insertarse en este grupo el recurso de inaplicabilidad de ley instituido por el art. 11, Ley Orgánica de Tribunales, con el que se provoca la reunión en pleno de la Cámara de Casación para determinar la doctrina aplicable cuando resulta conflicto interpretativo entre lo resuelto en un caso concreto por alguna de las salas de dicha cámara y un fallo anterior del mismo tribunal, que ha sido invocado como precedente por el recurrente. El caso en particular y todos los similares, se suspenden en su ejecución y el plenario sólo se avoca a determinar el derecho aplicable. Por ello éste también es un recurso extraordinario.

Sumaríamos a esta clasificación, la distinción entre los que se sustancian por *ante el mismo órgano judicial* que dictó la resolución impugnada, para que el mismo la revoque por contrario imperio: el de reposición. Todo lo cual demanda una regulación específica sin comunidad con la de los demás, ajustada a su naturaleza misma.

Los del otro grupo, son los que se sustancian y resuelven por ante un tribunal diferente al que dictó el acto. Tribunal de alzada.

II. MÉTODO DE REGULACIÓN LEGAL DE ESTA MATERIA

a) General

Superando ventajosamente al régimen del Código viejo, el nuevo introduce un capítulo de disposiciones generales que aquél no tenía. En este capítulo se agrupan todos los principios y reglas fundamentales a que deben ajustarse todos los recursos, cualquiera que de ellos se trate. Y, genéricamente, ofrece también los pasos que el desarrollo de cada medio de impugnación debe seguir.

Todo lo expuesto y analizado en el número anterior de este trabajo surge de ese capítulo de la ley, aun cuando algún detalle complementario y a los efectos explicativos se haya extraído de normas que no están en esa parte de la misma.

b) Específico

En el capítulo siguiente la ley instituye cada uno de los medios recursivos que admite para su régimen: reposición, apelación, casación, inconstitucionalidad, queja, revisión.

Y divide su tratamiento específico en bandas casi paralelas: tipo de resolución o resoluciones contra las que cada uno procede; tiempo y forma de interposición; recaudos a reunirse; tratamiento por el órgano al que se pide; emplazamiento; tratamiento por el de alzada; audiencia; fundamentación y resolución.

Con este tipo de regulación, la que corresponde al trámite en la alzada se trata con cada recurso y torna en innecesario el dedicar un título especial, como ocurría en el Código viejo, para regular el procedimiento en la cámara, según fuere recurso libre y con efecto suspensivo; recurso en relación y con efecto devolutivo; recurso de queja por apelación denegada o por retardo de justicia.

En sección especial y fuera de la anterior, se regulaba el recurso de revisión, con un corte más restringido que el actual.

Es necesario en este punto poner de manifiesto que el actual Código en esta materia recursiva tiene, a nuestro entender, un recurso y su ubicación regulativa, observable.

Es la *queja por retardo de justicia* o justicia denegada.

El caso se da cuando el órgano judicial propio de la causa deja vencer los términos impuestos por la ley para la producción de los actos procesales, para el dictado de resoluciones, sin proveer lo que corresponda. Es decir hay un retardo de justicia.

Pero no alcanza la vastedad que en materia tan importante tenía el Código viejo, que incluía el exceso en la duración razonable impuesto por la ley y la intervención de contralor de la cámara, para todo el proceso y especialmente para la del sumario. Contralor del que resultaba que se imponía un término, se obligaba a nuevo informe por parte del juez remiso, y se le sancionaba con multa.

Hoy, fuera del capítulo de los recursos, y con carácter meramente de superintendencia, se regula una "queja por retardo de justicia" en el art. 127, correspondiente al Capítulo II —del Título V— "Actos y resoluciones judiciales" que dice: "*Vencido el término en que deba dictarse una resolución, el interesado podrá pedir pronto despacho y, si dentro de tres días no lo obtuviere, podrá denunciar el retardo al tribunal que ejerza la superintendencia, el que, previo informe del denunciado, proveerá en seguida lo que corresponda...*".

Qué es lo que corresponde y con qué sanción no lo dice.

Esta queja debe ser *preparada*, para lo cual la ley impone que primero el interesado le pida al órgano judicial que dicte la providencia retardada o el auto que se ha omitido en el tiempo.

Si sobre la fecha del escrito respectivo, pasaran tres días y la satisfacción no se produjera, se abre la vía recursiva de la queja ante el superintendente.

El escrito en que se formule la queja debe ser autosuficiente, por cuanto ha de tenerse en cuenta que el órgano de alzada no conoce nada sobre el proceso, ni el tribunal que interviene. Por ello es que el citado escrito, además de la presentación por nombre, apellido y domicilio del recurrente, debe informar concretamente de qué causa se trata con específica cita de su carátula, tribunal y secretaría por ante la cual tramita; narración de la materia debatida y el trámite cumplido; el acto o auto al que se ha arribado y que no se ha dictado; el término concreto que se ha vencido, que se ha reclamado el pronto despacho y que ha sido inútil.

Cumplido ese extremo, el tribunal de alzada, pide al inferior un informe sobre lo acontecido, eventualmente pide la remisión de la causa y provee lo que corresponda. Si no existe retardo rechazará la queja. Si lo hay intimará el cumplimiento del acto reclamado. Eventualmente, ya que es tribunal superintendente adoptará alguna medida disciplinaria.

Si el retardo se debiera, en los tribunales colegiados, a la actividad del presidente, o de alguno de sus miembros, la queja por retardo se interpone ante el resto del tribunal. Si lo fuere por la Corte, se actuará conforme lo indicado en la Constitución Nacional.

CAPÍTULO XX

RECURSOS EN PARTICULAR

SUMARIO: I. Recursos ordinarios: a) Reposición; b) Regulación legal; c) Apelación; d) Queja. Regulación; e) Consulta.

I. RECURSOS ORDINARIOS

Se adelantó ya el concepto de lo que se entiende por ellos, en cuanto son las vías que abren la reconsideración tanto de los hechos, como del derecho.

En el Código Procesal Penal nacional nuevo, éstos son el de reposición, el de apelación, el de queja y el de revisión en todos los supuestos legales excepción hecha del caso de la aplicación de la ley más benigna sobreviniente, en cuya oportunidad estimamos que escapa a esta clasificación y se adentra en la de los extraordinarios pues lo que modifica es sólo el derecho.

A continuación haremos el análisis de cada uno de los ordinarios en el nuevo derecho positivo.

a) Reposición

Ante el juez y ante el tribunal del juicio.

La ley lo regula en los arts. 372, 440 y 446 a 448.

Este recurso procede contra las resoluciones dictadas *sin sustanciación previa*, durante todo el proceso.

Por cierto que ese recaudo impone que se trate de resoluciones que no involucren las sentencias y los autos interlocutorios que deciden artículo o sea las que han dado en distinguirse como sentencias formales o interlocutorias; cual es el caso de las que resuelven las excepciones perentorias. Ambas porque por su propia esencia implican trámite amplio previo con intervención de ambas partes. Intervención que les permite exponer y al tribunal escuchar las razones de cada una de ellas; y con su pleno conocimiento decidir.

Pero en los casos en los que tal tramitación previa y tal intervención de partes no se da, sino que la resolución se dicta en forma directa, las partes pueden por este recurso oponer sus razones en versiones o exposiciones que el tribunal no conocía.

En el primer caso el recurso de reposición sería sólo insistir en lo que ya se dijo y que valoró ya el tribunal; por ello es que este recurso no se admite en tal situación.

Por el contrario en el segundo, el caso es distinto y la revisión puede hacerse.

Sobre el argumento no conocido por el tribunal la parte agraviada pretende, y éste es el objeto del recurso, que el tribunal *revoque por contrario imperio su resolución y la ajuste a la pretensión del recurrente.*

Es decir, se trata de un recurso, el único, que se deduce y tramita por ante el mismo juez que dicta la resolución impugnada.

Ahora bien, fuera de las resoluciones definitivas, ya por sentencia ya por interlocutorios definitivos, lo cierto es que el matiz que ofrecen las demás es que pueden ser dictadas con intervención previa de las partes sobre el punto, o no. Por ello es que en resoluciones del mismo tipo, habrá casos en los que proceda o no este recurso.

Caso de este último tipo es, por ejemplo, el sobreseimiento que puede ser dictado de oficio o a petición de parte (arts. 334, 343, 349). En el primer supuesto, esto es de oficio, el mismo será reponible. En cambio en el segundo caso, no. Cuando ello ocurra, la vía impugnatoria será la de apelación (art. 449).

Este recurso de reposición, está regulado para ante el juez de instrucción, correccional y de menores en actuación instructoria y el de ejecución en forma optativa entre él y el de apelación, pudiendo actuar este último en forma subsidiaria del primero en caso de elección de ambos.

Pero en el caso del curso del "juicio", esto es cuando el proceso ya salió de la etapa instructoria, *el único recurso que puede interponerse es el de reposición* (art. 440).

Este recurso de reposición, en cuanto se lo deduce en el "juicio", ofrece la particularidad impuesta por la ley de que si es interpuesto contra resolución dictada durante la etapa "preliminar del juicio", en la que prevalece la actuación escrita del presidente, él se resolverá por el tribunal, sin intervención de las otras partes y en forma directa (art. 440, 1ª parte). Hasta aquí, esta norma extraída del art. 473, CPP Córdoba, es clara. Pero no lo es en el resto (2ª parte) en lo que se refiere a la interposición en el "debate". Se reprodujo el modelo en forma incompleta. Se resuelve, sin traslados, sin suspender el trámite (no la sentencia como dice) y si se rechaza la impug-

nación hay que dejar sentada inmediatamente la reserva para después de la sentencia poder usar de la casación o inconstitucionalidad. Rectificamos en este sentido nuestra opinión de la primera edición de este trabajo.

b) Regulación legal

Este recurso debe ser interpuesto por ante el mismo tribunal que dictó la resolución que se impugna.

La presentación debe hacerse dentro del tercer día de notificada dicha resolución.

En cuanto a su forma, ella debe ser en todos los casos por *escrito* y *fundada*. En lo que hace al recaudo *escrito*, *no rige* durante la etapa del juicio "*debate*", por cuanto allí todo el trámite se cumple en forma oral por lo que el planteo y su resolución lo son en esta forma, debiéndose dejar constancia en el acta final (arts. 372 y 394, inc. 6°).

En este escrito o, en su caso, en la alegación verbal del mismo, deben no sólo exponerse los *motivos* en que se basa (art. 438), sino toda la fundamentación.

Nótese respecto de esta última, que es la única oportunidad en que se puede exponer y que es ella la que, a su vez, habrá de conocer la otra parte, luego se dicta la resolución.

Por ello es que la totalidad de los fundamentos debe exponerse al presentarse en esa oportunidad. Con relación a todos los demás recursos, al interponérselo se deben indicar específicamente los "motivos", y sus fundamentos se deben formular luego del término de emplazamiento, en la audiencia ante el tribunal de alzada. Toda esta segunda oportunidad no existe para el recurso de reposición.

Es obligatorio en el trámite de este recurso correr a la otra parte vista antes de resolver.

Como todas las partes han tenido oportunidad de verter ante el tribunal sus argumentos, la resolución que éste dicte hace ejecutoria (art. 448).

Este resultado no se da en el caso de que el recurso de reposición sea acompañado por el de apelación en forma subsidiaria. Esto significa que si el primero fuere rechazado y el auto impugnado se mantuviera, la vía queda abierta por medio del segundo (apelación) ante el superior. Por cierto que este último es procedente siempre que la ley lo prevea como interponible en el caso concreto.

En cuanto al efecto de este recurso de reposición, será suspensivo sólo en el caso de que la resolución impugnada lo fuere por apelación también con ese efecto.

c) Apelación

El de apelación es un recurso que se interpone *por* ante el juez que dictó la resolución que se impugna *para* ante un tribunal de alzada, del que se pretende que revoque o reforme dicha resolución.

De tal modo ya no se trata, como en el anterior, del mismo tribunal, para considerar la revisión, sino de otro.

Este recurso está regulado en los arts. 449 al 455.

Procede contra los autos de sobreseimiento dictados por los jueces de instrucción y en lo correccional; también contra los interlocutorios y las resoluciones declaradas, expresamente, apelables. Se suman a ellas dado su carácter impostergable, aquellas resoluciones que causen gravamen irreparable (art. 449).

El tribunal que, según el nuevo Código, debe intervenir en la alzada es la Cámara de Apelaciones (art. 24, inc. 1b]).

La interposición se debe cumplir ante el juez que dictó la resolución, dentro de los tres días de notificada. Salvo que el Código fije más o menos (24 horas) —excarcelación, art. 332—.

Dicha interposición puede hacerse *por escrito*, dándose por notificado y apelando, o estándolo ya, dentro de los tres días. También se puede interponer en el acto de notificarse de la resolución en el mismo expediente en la diligencia que extiende el secretario. Por ello el Código dice: "*...o diligencia*" (art. 450).

La deducción del recurso en todos los casos debe hacerse con específica indicación de los "motivos" en que se base (art. 438). Ello implica señalar sólo los tópicos o núcleos en torno de los cuales se agruparán luego los fundamentos. Estos últimos no pueden verterse en esta oportunidad, sino ya en la alzada en el estadio que indica la ley: la etapa de la audiencia.

Esta apelación así deducida debe ser proveída sin otro trámite, por el juez. Puede ser rechazada, es decir no hacer lugar a la concesión. Esa denegación puede deberse: 1) porque el recurso sea interpuesto por quien no tenga derecho para ello; 2) porque lo haya hecho fuera del término fijado por la ley para el caso concreto; 3) porque no haya observado las formas impuestas; 4) cuando la resolución sea irrecurrible (art. 444).

Ante el rechazo de la apelación por estas razones, y considerando la parte que no es acertada la decisión denegatoria, puede comparecer ante la Cámara de Apelaciones mediante el recurso de queja por apelación denegada, pidiendo directamente a ésta que le conceda el recurso. Para ello el Código regula este recurso.

En el caso de que lo conceda el juez de origen, en la misma resolución *emplazará* a los interesados para que comparezcan ante la cámara a manifestar si mantienen el recurso o no. El término en que deben realizar tal comparendo y manifestación es de tres días a contar del momento en que el proceso tiene entrada en dicho tribunal.

Dada la distancia, cuando el juzgado no tiene sede en el mismo lugar que la cámara (queda lejos), el término del emplazamiento será de ocho días.

Para todo lo que antecede, las actuaciones deben ser remitidas al tribunal de alzada *inmediatamente* de cumplida la última notificación de la concesión y emplazamiento. Si es posible y para que no se paralice el trámite del principal, el juzgado enviará copias del mismo apelado o, en su defecto, del incidente en el que se planteó el problema; sin perjuicio, en todos los casos, de que si el tribunal de alzada lo estimare necesario, pida al juzgado la remisión de los principales (arts. 451 y 452).

No obstante la concesión del recurso por parte del juzgado de origen, la cámara se reserva el derecho de revisar la procedencia; si la aprueba, el expediente queda radicado y la instancia abierta en el período de emplazamiento (arts. 445/453, 1ª parte). Caso contrario, lo declara erróneamente concedido, lo revoca y devuelve sin otro trámite (art. 444, última parte).

En el término de emplazamiento puede *adherir* (arts. 439 y 453, 1ª parte) cualquiera de los contrarios o, según la jurisprudencia de la Cámara de Casación, cualquier coparte. A tales efectos y por lo que decidiere, las actuaciones serán notificadas al fiscal de cámara ni bien sean recibidas.

Si no hay adhesión y no comparecieren los recurrentes, el recurso se declarará desierto y se devolverán las actuaciones a su origen.

Pero cualquiera que fuere el que comparezca y mantenga su recurso, el trámite continuará, sólo con él.

El fiscal de cámara puede manifestar que no mantiene el recurso que se le concedió al fiscal de primera instancia. Si la instancia aceptada por la cámara fuere mantenida por los recurrentes, la cámara fijará una audiencia para que las partes concurran ante ella, en un lapso no mayor de cinco días (art. 454).

Es en esa audiencia donde las partes, en forma oral o escrita, fundarán sus respectivos recursos, es decir, desarrollarán los "motivos" que expusieron al interponer el recurso ante su origen.

La cámara resolverá dentro de los cinco días siguientes a la audiencia, con o sin informe, devolviendo de inmediato las actuaciones a los fines que corresponda.

Debe agregarse a todo lo expuesto en orden a los que hemos llamado *recurrentes*, que ellos son, en lo que hace a los imputados, *todos* los que ha-

yan recurrido. Pero además, lo serán también cuando haya sido *uno solo de ellos*; es decir que el recurso opuesto por un coimputado beneficia a los demás pero con un límite, que es que ese recurso no se motive en extremos sólo aplicables en lo personal al recurrente, por ejemplo, excusa absolutoria. También beneficiará al imputado o a sus coimputados en su caso, el recurso del demandado civil cuando se motive en la inexistencia del hecho o su carencia delictual o de responsabilidad.

Todo lo que antecede se debe al efecto extensivo de los recursos, sólo respecto de los imputados (art. 441).

En cuanto al "efecto" siempre es suspensivo, salvo el caso de que expresamente se disponga lo contrario.

d) Queja. Regulación

El recurso de queja es un medio impugnativo no ya de la resolución originaria del juez, sino de aquella por la que se rechazó un recurso interpuesto contra ella. En síntesis, cuando una resolución que causa agravio a una parte es recurrida por ésta, el tribunal ante quien se dedujo tiene que proveer si hace lugar o no a la concesión del recurso; si lo rechaza y no hace lugar, de esta última decisión es de la que puede quejarse.

El quejoso concreta su situación y pide su reparación no ante el que produjo el acto que lo agravia y que además le denegó la vía reparatoria, sino que debe presentarse por escrito ante el tribunal superior, al que él pretendió llegar por la vía rechazada, dentro de los tres días de notificado del rechazo del recurso. Su presentación debe ser, necesariamente, autosuficiente, es decir que de ella surja una información positiva en lo referente a qué proceso: su carátula, su número, las personas involucradas, su radicación de origen, su materia, su estado, la situación procesal concreta (con transcripción de la respectiva resolución), respecto de la cual se interpuso el recurso denegado y por qué razón estima que lo fue erróneamente, y pedir que se le acuerde el recurso y se abra la instancia.

Esa abundancia informativa, se debe a que el tribunal de alzada al que se presenta no tiene noticia actual alguna de la existencia de ese proceso y toda su problemática. Con esa información toma conocimiento primario de su bondad y surgirá la idea de su posible viabilidad, para lo cual el tribunal debe seguir un procedimiento pautado por la ley.

Éste consiste en que, por recibida la queja, decreta el pedido de informes al tribunal de origen. Ese informe debe producirse dentro del tercer día de solicitado, también con la amplitud necesaria. Si además, el tribunal de alzada lo considera, puede pedir la causa.

Luego de recibido el informe del juez y, en su caso, de recibida también la causa así como más amplia información, el tribunal de alzada resolverá lo que estime procedente.

En caso de que coincidiere con el juez de origen acerca de la improcedencia de la concesión del recurso interpuesto, confirmará su denegatoria y devolverá inmediatamente el proceso a su origen.

Pero en el caso de que pensare lo contrario, revocará el auto denegatorio y concederá el recurso deducido en la forma y con los efectos que estime proceder, comunicándoselo al tribunal originario a los fines de que cumpla con todo el trámite de notificación, emplazamiento de las partes y sus complementos de elevación regulados para el recurso de que se trate.

Este recurso de queja se denomina *queja por recurso denegado* y está regulado por los arts. 476 al 478.

Hay otra forma de recurso de queja, pero que no está legislada en el Libro IV —De los recursos— del Código nuevo en el cual trata a todos los que, por lo que explicaremos, denominaremos "judiciales".

Ese recurso está regulado en el art. 127 —Título V, Capítulo II—, "Actos y resoluciones judiciales", lugar en el que fija términos para el dictado de los mismos. El citado art. 127 inserta allí, para el caso de que esos términos se venzan sin que el tribunal haya proveído nada, un remedio que es el "recurso de queja por retardo de justicia".

Esa queja debe ser preparada y se lo hace con un *pedido* ante el juez remiso de *pronto despacho* interponible cuando se venza el término, y si dentro de los tres días siguientes el silencio del juez se mantiene, se abre la vía quejosa ante el *tribunal que ejerza superintendencia* sobre el remiso, a quien el superintendente solicitará informe la causa de la demora y resolverá lo que corresponda.

El código no dice nada sobre "lo que corresponda". Es criticable que guarde silencio sobre este punto.

"Lo que corresponda" debe estar en la ley. Esto será una garantía para las partes. Se evita el arbitrio del superior, que puede ser la inocuidad, o puede ser el exceso, incluso para con el juez.

Además, ¿qué es eso de la superintendencia? Es clara y terminante la distinción del área judicial y de la superintendencia. Por ello precedentemente distinguimos como recursos "judiciales" a los ya tratados y agrupados en el Libro IV — en tanto que a éste debemos llamarlo "superintendente". En esta área se encuentra todo lo referente al gobierno del Poder Judicial, se nuclea en acordadas y reglamentos, se ejerce una suerte de policía del fuero y se custodia el oportuno y buen ejercicio de la función, incluso con un régimen de sanciones que emerge de las leyes orgánicas.

Apartarse del régimen tradicional de nuestro Código de Procedimientos en Materia Penal viejo donde este recurso era judicial, para llevarlo hoy al superintendente en un proceso concreto, parece poco apropiado.

Esta queja por justicia retardada está prevista también para cuando el remiso sea el presidente del tribunal colegiado o alguno de sus miembros, en cuyo caso se deduce ante el resto del tribunal. Para el caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Código, por cierto, se limita a decir que se operará por los medios que señala la Constitución.

Esos tribunales superintendentes son para todos los juzgados: de instrucción, correccionales, de menores, y de ejecución, las *cámaras de apelaciones*, tanto en la Capital Federal, como las federales de apelaciones, respecto de sus jueces federales dependientes. Ello surge de los arts. 24 para el primer grupo: "*La Cámara de Apelación conocerá*: ...2°) *De los recursos de queja por petición retardada...*", y 31 para el segundo: "*La Cámara Federal de Apelación conocerá*: ...2°) *De los recursos de queja por justicia retardada...*".

Pero superando la letra de los artículos citados y para el caso de que la demora fuere atribuible al presidente o algún miembro de un tribunal colegiado (cámara de apelaciones, tribunales en lo criminal; Cámara de Casación) tanto de la Capital Federal, como las federales, el ejercicio de la superintendencia cambia de titular y se pone en cabeza del tribunal de que se trate (art. 127, cit.). Por ello es que las quejas por justicia retardada serán atendidas por cada uno de ellos.

Siempre lo que resuelvan será "lo que se estime que corresponda". Como ello se presenta ante una falta de diligencia del responsable, lo que corresponda puede ser tanto la activación del proceso, como una sanción o ambas conjuntamente. Esa falta de previsión legal, comprometida esta materia, no puede quedar sin previsión previa.

e) Consulta

Este recurso es en nuestro ordenamiento positivo de mucha antigüedad. Fue inserto en el Código de Procedimientos en lo Penal de la Nación de 1889 para cuando se imponían penas muy graves: muerte, presidio, penitenciaría que eran las que regulaba el viejo Código Penal de 1887. Por cierto que cuando este Código y su régimen de penas fue derogado por el actual en 1921, ese recurso cayó en desuso por faltar las penas a las cuales se aplicaba. Y así siguió la situación hasta el año 1970 en que por la ley 18.701 se reimplantó la pena de muerte. A partir de ese momento el viejo recurso entró en actividad. Luego esa ley se derogó y aquél entró de nuevo en receso.

Ese recurso tiene por carácter saliente el hecho de que el "recurrente" *es la ley*. Ella manda que aunque no medie apelación alguna de las partes, cuando existiere el grave compromiso de esas penas, el proceso será remitido lo mismo (sin recurso de parte) a la cámara para que ella se expida sobre la procedencia de esas penas o no. El juez de primera instancia tiene la obligación de elevar la causa *en consulta*.

Se cita este recurso por cuanto éste tiene hoy vigencia en una ley especial, que es la ley 23.098 de hábeas corpus, en la que se regula un procedimiento sumarísimo, en el cual todo se hace en forma "inmediata" o dentro de las "24 horas", en custodia de la libertad personal que se sostiene ilegalmente privada. No se puede perder nada de tiempo.

Por ello es que cuando interpuesta una acción de esa naturaleza y el juez que la recibe no le da trámite y la desestima por no mediar causal legítima para el "hábeas corpus" o se declara incompetente, para salvar esa situación con el pronunciamiento de cámara que lo confirme o revoque, debe intervenir este tribunal y la vía recursiva es el recurso de consulta.

No se puede perder tiempo notificando al presentante de la acción de hábeas corpus, dar un lapso para que éste recurra, y luego mandar el expediente a la cámara. En tanto el ilegalmente privado de su libertad, sigue sufriendo lo que estima ilegal.

Para obviar esa dilatación, "*la ley*" recurre y manda que inmediatamente de negar el trámite, el juez mandará las actuaciones a la cámara, la que sin más y dentro de las 24 horas deberá pronunciarse.

Este procedimiento está sustentado en la "consulta".

Podría aceptarse como "consulta" en el texto del nuevo Código Procesal Penal nacional el procedimiento regulado por el art. 348, segunda parte que manda elevar el proceso a la Cámara de Apelaciones para que por vía de resolución dirima el conflicto de procedencia de sobreseimiento planteado entre el agente fiscal que lo pide (art. 347, inc. 2°, última parte) y el juez que no lo cree procedente. El auto por el que se expide la Cámara es obligatorio para los conflictuados.

CAPÍTULO XXI

RECURSOS EN PARTICULAR

SUMARIO: I. Recursos extraordinarios: a) Casación. Concepto; b) Inconstitucionalidad; c) Recurso extraordinario del art. 14, ley 48; d) Recurso de inaplicabilidad de ley.— II. Recurso mixto: a) Revisión; b) Procedencia; c) Trámite.

I. RECURSOS EXTRAORDINARIOS

a) Casación. Concepto

Es un recurso que produce la intervención de la Cámara de Casación, tribunal de alzada de muy alta jerarquía con competencia en todo el territorio nacional, como distrito judicial único, ubicado por encima de los de instrucción, de juicio y de apelación e inmediatamente por debajo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El recurso de casación tiene por objeto mantener la fiel, correcta y uniforme aplicación de la ley, tanto de fondo como de forma, en cada proceso concreto que le sea llevado a sus estrados con la imputación de no haberse en él aplicado la ley o haberlo hecho erróneamente.

La intervención que este recurso determina, en el caso de su procedencia, se resuelve en la anulación del proceso desde el acto viciado con sanción de inadmisibilidad, caducidad o anulación, en adelante, con la consiguiente devolución del mismo a su origen para que se tramite nuevamente con ajuste a derecho. Estos vicios no son sino el resultado de la inobservancia de la ley procesal.

En cambio, cuando el vicio reside en la inobservancia o errónea aplicación de la ley de fondo, el recurso determina la anulación de la resolución que, fundada en esos vicios, tenga poder extintivo del proceso. Y además, el Tribunal de Casación declara la ley y doctrina aplicables al caso y sobre ella, ese mismo tribunal dicta la nueva sentencia adecuada. Recuérdese que, respecto de este aspecto del recurso, tiene fundamental importancia que la exigencia de admisibilidad referida a brindar en el escrito de inter-

posición la explicación sobre cuál es la ley o doctrina que el recurrente estima aplicables, sea satisfecha con toda amplitud y precisión.

El recurso de casación regulado en el actual Código, viene de tal modo a sustituir a los tradicionales de apelación amplio y de nulidad que con el régimen procesal de la doble instancia del Código Procesal Penal de 1889 eran de aplicación por las Cámaras de Apelaciones en su calidad de tribunales de los hechos y del derecho.

Esos tribunales de segunda instancia tenían la facultad de expedirse sobre el derecho de fondo aplicable al caso, cuando la resolución impugnada por la apelación se sustentara en lo que el recurrente fundaba, agraviado, como su inobservancia o su errónea aplicación. En caso de que el agravio fuera recogido por la Cámara de Apelaciones, se revocaba o se reformaba la resolución adecuándola al derecho que se declaraba aplicable.

Además de ello, esos tribunales de segunda instancia reunían en su función la de custodiar la regular aplicación de las leyes formales (ley de procedimientos), con la facultad de anular en el caso de infracción, tanto el procedimiento como la sentencia, cuando el vicio afectare al uno, o al otro. En los dos casos devolvía el proceso para que se rehiciera con ajuste a derecho.

Ambas facultades están ahora concentradas en el Tribunal de Casación, unificadas en el recurso de casación.

1) Casos en que procede

Concordantemente con lo expuesto en el punto precedente, la ley nos señala que los casos en que este recurso procede son: inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva; inobservancia de las normas que este Código establece bajo pena de inadmisibilidad, caducidad o nulidad (art. 456).

Éstos son los "motivos" que señala esta norma y que en forma general exige para todos los recursos el art. 439, bajo sanción por su incumplimiento, de inadmisibilidad.

Esta "motivación" prevista por la ley nuclea toda la fundamentación que, respecto de la resolución a que se aspira en la alzada, la parte recurrente pueda considerar necesaria. Éstos, o éste en su caso, deben ser expuestos en el escrito de interposición del recurso. Luego de esa oportunidad no se podrá ampliarlos.

Este recurso en el caso de que se refiera al "motivo" procesal (inc. 2°) requiere una preparación para su interposición y, por cierto, para su admisibilidad. Ésta es que el recurrente en su momento (el de la violación de la forma procesal) y siendo ello posible, haya reclamado la subsanación del vicio. No siendo ello así, que haya hecho protesta de recurrir en casación (inc. 2°, cit., *in fine*).

2) Resoluciones recurribles

Las resoluciones contra las cuales procede este recurso son las que tienen carácter definitivo, que ponen fin al proceso, ya sean ellas sentencias, o autos que pongan fin a la acción, o a la pena, o hagan imposible que continúen las actuaciones, o autos que denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena (art. 457).

Recuérdese que el Código indica las clases de resoluciones dictables en el proceso (art. 122), siendo: sentencias, autos y decretos. Las dos primeras fundadas siempre, en tanto que la última cuando lo disponga la ley (art. 123). La primera siempre es definitiva, en tanto que los autos pueden tener ese efecto o, por el contrario, ser de trámite en el curso de proceso (art. 122, 2ª parte).

Cuando el Código se refiere a las resoluciones recurribles de casación lo hace, además de las sentencias, respecto de los autos pero no a todos, sino a los que tienen únicamente el efecto definitivo que anteriormente señalamos y que se resumen, en lo que hace a la etapa del "juicio" generalmente en el triunfo de una excepción perentoria (art. 343, sobreseimiento) o dilatoria (art. 344, archivo de las actuaciones y libertad). O superada dicha etapa del "juicio", se incluyen los autos que ante el juez de ejecución deniegan la extinción, conmutación o suspensión de la pena (arts. 490, última parte; 491, última parte; 493, inc. 4°; 503 y 504) [1].

Los decretos fundados o simples, por carecer de potencia definitiva, no son recurribles por casación.

Por cierto que respecto de todas las resoluciones recurribles por casación se exige, *además de su calidad*, que se las impugne porque en ellas se ha producido un vicio de inobservancia de la ley o errónea aplicación de la misma *que motiva* la procedencia del recurso.

Todo lo que antecede se refiere a regla general, pero frente a ella se presentan, además, casos concretos de procedencia de este recurso previstos por la ley, como es el de la nulidad de la sentencia definitiva por violación de sus formas específicas especialmente impuestas (art. 404).

3) Personas que pueden recurrir

Frente a esas resoluciones y con esos motivos sobre los que la ley regula la procedencia del recurso de casación, se alzan, también reguladas

[1] Extinguen la acción el auto de desestimación del requerimiento de instrucción y el de sobreseimiento, tanto sustancial como formal perentorio. Extingue la pena el auto de cómputo que la da por compurgada. Hace imposible continuar las actuaciones el auto de paralización dictado ante el rechazo de la destitución y del desafuero en los privilegios funcionales.

por ella, las partes del proceso que tiene la facultad de recurrir. Lo que ocurre es que respecto de ellas impone límites ante los cuales se otorga o se quita dicha facultad, por lo que se da el caso de que, aun cuando el vicio exista, el sujeto regulado no podrá recurrir.

No debe perderse de vista en ningún momento, que esos sujetos están recurriendo en casación, por lo que *las respectivas* resoluciones que se prevén, limitadas en sus márgenes mayores o menores de los distintos tipos de pena y los montos pecuniarios en el orden reparatorio civil, *tienen que lucir un agravio concreto en torno a los "motivos" que fundan el recurso*: inobservancia o errónea aplicación de la ley, ya de forma ya de fondo; y que sean estos motivos los que han distorsionado el resultado positivo o negativo, de la resolución de que se trate. Si este punto de toque ineludible se olvidara, tomando parcialmente las previsiones relativas a los sujetos, se podría confundir el de casación, con el recurso de apelación amplia que para esta instancia ya no tiene aplicación (ver arts. 23, 456 y 491, última parte).

Así es como *la parte acusadora*, Ministerio Fiscal y querellante, puede interponer el recurso de casación contra todos los autos definitivos que hemos analizado y también contra las sentencias definitivas, en un todo conforme con lo facultado, por el art. 457. Pero en lo que hace a las sentencias sólo será procedente su recurso en el caso de que siendo ella absolutoria lo sea en contra de su petición de pena privativa de libertad mayor de tres años, o en el caso de pena de multa haya peticionado una mayor de ₳ 200.000, o en el de inhabilitación de cinco años o más; o que siendo condenatoria lo sea de menos de la mitad de la solicitada. En ambos casos tiene que ser imputada la diferencia —notable por cierto dado los niveles previstos en la ley— a la falta de observancia de la ley o a un error de interpretación de la misma (arts. 458 y 460).

Esa diferencia notable entre lo peticionado y lo resuelto en la sentencia, atribuible a la inobservancia o al error citados, es también lo que regula el recurso del acusador civil y así podrá recurrir cuando la diferencia entre lo peticionado y lo impuesto en la sentencia del juez en lo correccional sea superior a ₳ 7.000.000. Y en lo referente a la del tribunal criminal (tribunal de juicio) su agravio sea superior a ₳ 11.000.000 (art. 462).

En lo que hace a la parte contraria, esto es la defensa y el civilmente demandado, también encuentra limitada su facultad recursiva en casación. Así, el primero con relación a las resoluciones previstas por el art. 457, lo podrá interponer respecto de sentencias condenatorias correccionales a pena privativa de libertad de más de seis meses, de las de inhabilitación de un año o más, y de multa de ₳ 100.000 o más. Y de las condenatorias del tribunal criminal por pena privativa de libertad de más de tres años, de multa

de más de ₳ 200.000 y de inhabilitación de más de cinco años (art. 459, incs. 1° y 2°).

A la previsión de las sentencias, se agrega para el procesado la permisión recursiva respecto de resoluciones (sentencias, autos) que impongan una medida de seguridad por tiempo indeterminado (art. 459, inc. 3°).

Ya sólo respecto de autos —porque son los únicos que pueden resolverlo— los que denieguen la extinción, la conmutación o la suspensión de la pena (art. 459, inc. 4°).

Los que ponen fin a la acción o a la pena o tornan imposible la continuación de las actuaciones, no son recurribles por el procesado porque ninguno le causa agravios. El proceso termina para él, se lo cierra con sobreseimiento o archivo y se lo pone inmediatamente en libertad (arts. 432, ap. 2°, 343 y 344).

En lo que hace a su responsabilidad civil por el delito, si la sentencia lo condena a la restitución o indemnización de un valor superior a ₳ 11.000.000 se le confiere la posibilidad de recurrir en casación (art. 459, inc. 5°).

Por su parte, el acusado civil, *el civilmente demandado* como tercero responsable, tiene facultad reconocida para recurrir en casación en los mismos casos reconocidos al procesado, incluso cuando éste no recurra por su cuenta, pero con la limitación permanente de que en tales casos se declare la responsabilidad civil de ese tercero.

Se vuelve a repetir: en todos estos casos el ejercicio del recurso de casación se subordina siempre a que en todas esas resoluciones haya habido una inobservancia o errónea aplicación de la ley, ya de fondo, ya de forma. Si no fuere así no procede el recurso.

4) Recaudos y forma de interposición

El recurso de casación debe ser interpuesto por ante el juez o tribunal que haya dictado la resolución que se estima viciada de inobservancia o errónea aplicación de la ley, en el término de diez días contados desde la notificación de la misma.

La presentación debe hacerse por escrito y con firma de letrado.

Como recaudo esencial requerido bajo pena de inadmisibilidad (art. 482) debe señalarse concretamente la disposición legal que se estima violada o erróneamente interpretada, con la indicación de cuál es la que el recurrente estimaba acertada. Esto es lo que constituye los "motivos" del recurso.

Si estos "motivos" fueren varios, cada uno debe ser tratado por separado. Lo cierto es que fuera de esta oportunidad, no podrá agregarse ningún otro motivo (art. 483).

Además de estos recaudos, estimamos que debe haberse cumplido, y es necesario invocarlo, con el reclamo oportuno de la subsanación del *defecto formal* que arrastre sanción de inadmisibilidad, nulidad o caducidad, si era posible, o en caso de no haberlo sido haber dejado formulada "protesta de recurrir en casación" (art. 456, inc. 2°).

5) Procedimiento

a) Tratamiento en origen

El juez o tribunal, en su caso, que reciba la interposición del recurso le debe otorgar *tratamiento* dentro del término de tres días proveyendo lo que estime corresponder.

En este orden pueden darse dos alternativas:

1) Que deniegue la concesión del recurso fundado en el hecho de que fue interpuesto fuera de término, o lo fue por sujeto que no tenía (o la tenía limitada) facultad para recurrir, o que no expuso los motivos en que se fundaba, o en su caso la falta de concordancia con los previstos por la ley como base de procedencia, o que no obstante reunir esos extremos, no tenía en el caso concreto "interés directo" —no tenía agravio— (art. 444). Ante la denegación, le queda al recurrente frustrado la vía del recurso ordinario de queja por recurso denegado, a cumplirse en forma directa ante el tribunal de alzada que corresponda (art. 476).

2) Cuando por cumplidas todas las condiciones exigidas por la ley el recurso sea concedido, en el mismo decreto que lo disponga se emplazará a los interesados para que en el término de tres (3) días, a contar del momento en que el expediente entre en el Tribunal de Casación, comparezcan ante éste para manifestar si mantienen el recurso. Este emplazamiento tiene por objeto evitar toda la dilación que implica efectuar por parte de la alzada todas las notificaciones a los interesados respecto de la recepción y fijación de un lapso de manifestación de mantenimiento del recurso.

A los efectos indicados el juzgado o tribunal de origen debe remitir al Tribunal de Casación, las actuaciones en forma inmediata al cumplimiento de la última notificación del decreto de concesión y emplazamiento. Esta diligencia no debe demorarse ni siquiera cuando haya medidas procesales en trámite, por cuanto en ese caso se elevarán copias de las piezas relativas al asunto, agregadas al escrito del recurrente.

Si el recurso se hubiere deducido en incidente, se elevará el incidente en que haya dictado el auto impugnado, sin perjuicio de que la alzada requiera la remisión de la causa principal (arts. 464, 451 y 452).

b) Tratamiento en el Tribunal de Casación

1) De inicio y sobre el filo mismo del arribo de las actuaciones a la Cámara de Casación, la ley le confiere a ésta una facultad de contralor de regularidad respecto de la procedencia de la concesión del recurso que lleva a sus estrados el proceso de que se trata.

En efecto, dicho tribunal verificará si se encuentran reunidos los extremos legales impuestos para la admisibilidad del recurso. En el caso de que éstos no lo estuvieren, y el recurso, por ello, hubiere sido concedido erróneamente, el tribunal así lo declarará, revocará el respectivo decreto de origen y sin otro pronunciamiento sobre la materia del recurso, devolverá las actuaciones.

2) En cambio, si el tribunal admite el recurso tal como viene concedido, dentro del *término de emplazamiento a los interesados* (tres días) éstos deben, como medida preliminar, *manifestar si mantienen el recurso*, situación que también rige para el fiscal de cámara respecto del recurso deducido y concedido al agente fiscal. En este lapso puede no mantenerlo, como que puede, no mediando recurso por parte del agente fiscal, adherir (art. 439) al interpuesto en favor del imputado, abriendo de esa manera la instancia acusatoria. Al fiscal de cámara en todos los casos se le debe notificar el arribo del proceso al tribunal, para que sea posible el ejercicio de las facultades citadas.

Si en este lapso de emplazamiento (tres días) el recurrente manifiesta no mantener el recurso o, lisa y llanamente no concurre y además, no mediare recurso sostenido o de adhesión del Ministerio Fiscal, el tribunal declarará desierto el recurso, devolviendo de inmediato las actuaciones (arts. 465, 1ª parte, y 453).

c) Trámite

1) Cuando el recurso no sea rechazado por el tribunal, y sí mantenido por los interesados, al concluir el tiempo de emplazamiento el presidente pondrá el expediente en la oficina por el plazo de diez días, para que los interesados lo examinen.

Dentro de tal término acordado para el examen de las actuaciones —que el Código llama término de oficina— los interesados pueden desarrollar o ampliar por escrito los fundamentos de los "motivos" invocados en la interposición del recurso. Esos fundamentos deben nuclearse en torno a cada "motivo" y éstos expuestos por separado cada uno y sin poder en esta ocasión agregar ni quitar a los mismos.

Esta ampliación debe en todos los casos ser acompañada de la respectiva copia en número suficiente para que sean entregadas de inmediato a las partes contrarias (art. 466).

2) Vencido el "término de oficina" el presidente del tribunal fijará una audiencia para una fecha no menor de diez días para que las partes formulen ante el tribunal sus respectivos informes.

También indicará en cada caso el tiempo que cada miembro del tribunal podrá tenerlo a estudio (art. 465).

d) Audiencia de debate

Bajo este rubro la ley regula el acto procesal en el cual, y ante el tribunal integrado por los jueces de la casación que deben intervenir en el caso concreto, las partes en la instancia recursiva pueden exponer sus respectivos argumentos fundantes de su pretensión (impugnatorios unos, mejoradores los otros).

El uso de este acto es facultativo para las partes, por cuanto la ley les reconoce el derecho de asistir o no y si lo hacen, de hablar o no (art. 468). Más aún, si el imputado quedare en las instancias sin defensa, el tribunal le provee la oficial, pero ni aun éste y en esta situación tiene obligación de exposición.

Este tribunal colegiado, en actuación oral y pública, es conducido por su presidente, al que se le reconocen todas las facultades, incluidas las disciplinarias, que se le atribuyen al Presidente del Tribunal de Juicio (arts. 363, 364, 369, 370 y 375, CPP).

Con la caracterización que antecede surge la pregunta sobre qué materia puede ser llevada ante él. En respuesta, recuérdese que los recurrentes debieron en el acto de interponer su impugnación (ya originariamente, ya por adhesión), no sólo "motivar", sino fundar su recurso con indicaciones precisas que le impone la ley (arts. 463 y 439) y que, luego, en el lapso de oficina pudieron ampliar aún más sus fundamentos por escrito con conocimiento pleno a las otras partes (art. 466). De todo ello surge una amplia riqueza informativa que ya obra en poder del tribunal, pudiendo darse, también, en caso de que además de ello, alguna o todas las partes, dejen ante el tribunal, antes de la deliberación, respectivas minutas escritas, un ajuste final que cumple el papel de una suerte de traslado y réplica de argumentos (art. 468, ap. 2°).

e) Deliberación

Terminada la audiencia, los jueces se retirarán a deliberar en sesión secreta, con la sola presencia obligatoria del secretario del tribunal (art.

469) y cada uno emitirá su voto por escrito y fundado siguiendo, en lo que fuere aplicable, la tabla de exigencias impuesta para este acto similar del juicio común, por el art. 398. De todas ellas lo que es ineludible es la individualización del tribunal por el nombre de sus respectivos componentes, la identificación del proceso de que se trate con todas las constancias de registro, la indicación de sus partes en la instancia, y la sintética, clara y precisa exposición de la materia de la instancia. Tampoco podrá retacearse el análisis y solución del caso con fundamentación doctrinaria y legal precisa y concluyente. Se cierra con la parte dispositiva que no es sino la conclusión final resolutiva del conflicto planteado en la instancia.

f) Sentencia

Agotada la etapa de deliberación y arribado a votos coincidentes, por mayoría de ellos, se redacta la sentencia sobre su materia concordante. Si hubiere una disidencia, se deja constancia de ella, con inserción del voto correspondiente en el texto de la sentencia conformada por la mayoría.

Esa sentencia se redacta por escrito, se la firma por los jueces que la emiten, por ante el secretario, y se agrega a las actuaciones (arts. 469, 399 y 400).

En lo que hace al término para dictar la resolución, la ley prevé tres situaciones: a) dictar de inmediato la resolución; b) diferir la deliberación cuando lo demandara la importancia de las cuestiones a resolver o lo aconseje lo avanzado de la hora y c) tomar el plazo que hasta un máximo de veinte días le concede la ley (art. 469, aps. 2° y 3°).

g) Tipo de resolución según el vicio fundante del recurso

1) Si la resolución impugnada (ya sentencia, ya auto definitivo) no hubiere observado o hubiere aplicado erróneamente la ley sustantiva, el tribunal la casará, es decir la dejará sin efecto, y dictando resolución en su lugar resolverá el caso con arreglo a la ley y a la doctrina cuya aplicación declare (art. 470). Y si por efecto de dicha resolución debiera cesar la detención del imputado, la cámara ordenará directamente la libertad (art. 473).

2) En cambio, si el vicio de que se trate fuere formal, de modo tal que hubiera inobservancia de las normas procesales, la cámara anulará lo actuado y remitirá el proceso al tribunal que corresponda, para su sustanciación (art. 471).

b) Inconstitucionalidad

El recurso de inconstitucionalidad es otro de los extraordinarios que nuestro Código Procesal Penal incluye en la competencia de la Cámara de Casación (art. 23) y que tiene la particular característica de hacer, al igual que lo que ocurre con el de casación, a la inobservancia o errónea aplicación normativa, pero no ya de la simple ley sustancial sino de la Constitución Nacional.

Con aspiración de asegurar la vigencia de esta última y la adecuación a ella de toda ley, ordenanza, decreto o reglamento que comprometan materia regida por la ley fundamental, el tribunal de casación tiene facultad de declarar constitucional o inconstitucional todo o parte de la normativa de que se trate (arts. 474 y 475).

En síntesis, lo cuestionado es el "molde jurídico mismo" usado en el fallo recurrido; el molde es el tachado de inconstitucionalidad.

Ese fallo puede ser una sentencia definitiva, o un auto con carácter definitivo que ponga fin a la acción o a la pena, o imposibilite la continuación del curso del proceso, o deniegue la extinción, conmutación o suspensión de la pena (art. 457), pero todos fundados en una "norma" repugnante a la Constitución.

Todas las normas referidas al procedimiento y forma de redactar la sentencia, serán las mismas que rigen para el recurso de casación (art. 475).

El resultado estará en que la Cámara de Casación declarará la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición impugnada; se repite: de la ley, ordenanza, etc., mismas, del cuerpo normativo. Y sobre ello confirmará o revocará la resolución originaria (arts. 474 y 427).

Debe señalarse que el Código no impone preparar la vía de este recurso mediante planteo del caso, reserva del mismo, o cita de precedente.

Estimamos observable esta situación por cuanto, si como vamos a verlo, la casación no triunfara en este tribunal, quedaría expedita la impugnación federal ante la Corte. Para ello este recaudo sí es necesario.

Así, señalamos también que el recurso de inconstitucionalidad no incluye el caso de cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución, o de un tratado o ley de Congreso haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, derecho, privilegio o exención que se funda en dicha cláusula y sea materia de litigio. Es decir no incluye el caso de que lo cuestionado no sea la norma, sino la resolución: la sentencia o auto definitivo; que ellos mismos sean repugnantes a las garantías y derechos constitucionales.

Este tipo de vicio, entonces, no puede ser llevado a este tribunal de casación sino que por vía de la ley federal 48, art. 14, debe serlo para ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Para este último supuesto sí es necesario preparar la vía mediante el planteo del caso federal.

c) Recurso extraordinario del art. 14, ley 48

La ley 48 de competencia federal no ha sido derogada y, como ley nacional, jamás pudo serlo por el Código Procesal Penal de la Nación, porque se lo impide la Constitución Nacional en su arts. 31 y 75, inc. 12.

Por esta razón, en materia de contralor de constitucionalidad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación está por encima de la Cámara de Casación para todos los casos, los previstos por el art. 474 y los que no lo están. Es decir, para los casos en que lo que se cuestione sea una ley, ordenanza, decreto, en fin, una norma en sí, tachada de inconstitucional y sea ella la aplicada al proceso concreto; o, por el contrario, que lo que se tramite y resuelve en ese proceso concreto, está en contra de la Constitución Nacional.

Para ambos supuestos hay un compromiso con la Ley Fundamental y la vía impugnativa debe prepararse *planteando el caso federal* y manteniéndolo en todas las instancias oportunas.

Es extremo esencial para la procedencia del recurso extraordinario, además de lo indicado en el párrafo precedente, que la resolución recurrida sea una sentencia definitiva y, excepcionalmente, que se trate de un auto que tenga el carácter definitivo o cause un gravamen irreparable.

Este recaudo puede estar dado por un pronunciamiento de la Cámara de Casación cuando es procedente ante ella en los supuestos limitados del art. 474, o del tribunal criminal (del juicio) en los otros casos que entran en la letra del art. 14, ley 48. Ambos como tribunales de última instancia.

El recurso se interpone ante estos tribunales, según sea el caso, dentro de los diez días de notificada la resolución. Debe hacerse por escrito y debe ser autosuficiente, es decir, que de su lectura surja el total conocimiento narrativo del proceso, su objeto, su radicación, la traba de la cuestión federal, la explicación de la posición del recurrente en orden a la razón y "motivos" del conflicto constitucional, o sea que el escrito debe ser fundado (art. 257, 1ª parte, CPCCN).

Debe ser acompañado de copia para traslado.

El traslado se corre a las otras partes del proceso por el término de diez días. Una vez contestado, pasa al tribunal para expedirse sobre la concesión del recurso o su negativa.

En el primer supuesto el proceso con todos sus agregados es elevado a la Corte (art. 257, última parte, Código cit.).

En el segundo, la parte recurrente, en caso de insistir, puede hacerlo por vía del recurso de queja por recurso denegado.

Ella debe interponerse dentro de los cinco días de notificado de la denegatoria, por escrito autosuficiente, ante la Corte misma.

El resto del procedimiento es igual al de todos los recursos de esta naturaleza.

d) Recurso de inaplicabilidad de ley

El art. 7°, ley 24.050 de organización y competencia penal del Poder Judicial de la Nación, integra la Cámara Nacional de Casación Penal con trece miembros, la cual funciona dividida en salas de tres miembros cada una, ejerciendo la presidencia del tribunal el juez restante.

Le da competencia territorial en toda la República y establece su sede en la Capital Federal.

Su vía de acceso está dada por el recurso de casación ya analizado.

Ahora bien, dado el número de sus miembros y su división en salas, ésta viene a reproducir el mismo problema que respecto de la unidad interpretativa y doctrina uniforme, se daba con anterioridad en los tribunales colegiados de última instancia.

En efecto, en éstos, cada una de sus salas tiene plena autonomía para interpretar y aplicar el derecho. Pero esta libertad genera la posibilidad de que en un mismo tribunal, sus salas lleguen a tener opiniones jurisprudenciales contrarias. Ello origina un grave problema que, en último término, hace depender de la suerte el triunfo en el proceso, según la sala que le toque por turno intervenir.

Para arrimar solución se aplica el sistema de la reunión en pleno de todos los miembros, sin distinción en salas, para expedirse sobre un tema único de doctrina aplicable, que termine con las contradicciones. La conclusión a que se arribe por mayoría de votos, será de allí en más la doctrina aplicable, que por ser plenaria, es obligatoria para todas las salas y todos los jueces que dependan de ese fuero.

Por cierto que, mientras tramita la emisión de votos con el desarrollo de los fundamentos de cada posición de los jueces del plenario, la sentencia en el proceso en alzada que generó el conflicto, se paraliza en su ejecución a la espera de la emisión unificada de la doctrina que se debe aplicar en su resolución particular (art. 13, última parte).

La ley prevé en orden a la reunión del plenario dos formas para convocarlo: 1) cuando es el propio tribunal el que se autoconvoca, por iniciativa de una de sus salas que plantea su necesidad (art. 10, incs. b] y c]).

2) Cuando le es solicitado por vía de recurso por la parte recurrente en un proceso que llega al tribunal por casación, y allí en la instancia se plantea por la parte, la existencia de conflicto interpretativo (art. 11).

El instrumento a disposición de las partes con este fin, es el que llamamos "recurso de inaplicabilidad de ley", que debe interponerse por *escrito* y *fundado*, dentro de los *cinco días de notificado, ante la misma sala* que dictó el fallo. Este fallo resulta ser contrario a la postulación que la parte había invocado como base de su derecho antes de la sentencia y también está en pugna con otro anterior de la misma cámara, que ha sido previamente señalado por el recurrente ante el tribunal. Este aviso es lo que se llama "cita del precedente", que se constituye en recaudo formal indispensable para la procedencia de este recurso (art. 11).

Luce claro de lo expuesto que el tratado es un recurso que *se prepara* (cita de precedente), *se interpone y se funda*, en la misma instancia de casación, para que ella misma, en pleno, se pronuncie, dictando fallo.

Interpuesto el recurso de inaplicabilidad de ley ante la sala que dictó el fallo definitivo, puede darse que lo conceda, en cuyo caso se fija el tema doctrinario sobre el que se pronunciará el plenario. En tanto, el proceso en particular y todos los que se refieran al mismo caso, se paralizan a la espera de lo que se resuelva. Sobre el pronunciamiento plenario, se aplica el mismo como doctrina y se resuelven.

Si se diera el caso de que, por el contrario, la sala receptora de la interposición del recurso no lo concediera, es decir: lo denegara, el recurrente puede recurrir ante el tribunal en pleno por medio de su presidente, en recurso de queja por recurso denegado, a deducirse por escrito autosuficiente en el plazo de cinco días.

Si la queja fuera rechazada por el plenario, el fallo de sala queda firme.

Si la queja es aceptada, en la misma forma que la apertura se abre el trámite, se fija el tema, se sortea el turno en que deben expedirse los jueces del plenario y se emiten los votos. El cómputo de ellos se hace por simple mayoría y de ella resulta la doctrina aplicable unificada y plenaria, obligatoria.

Si la doctrina aplicable resultante del plenario, fuera coincidente con la que se aplicó en la sentencia definitiva dictada por la sala recurrida, esa sentencia queda firme.

Si por el contrario, no hubiere tal coincidencia, si la del fallo impugnado no se ajustare a aquélla, lo declarará nulo y el mismo plenario dictará sentencia acorde con la doctrina establecida.

Este recurso, de la clase de los extraordinarios, por abarcar como su materia sólo el derecho, no está legislado en el Código Procesal, sino en la ley orgánica porque es ella la que genera la posibilidad de contradicción interpretativa al fijar el número de los miembros del Tribunal de Casación y su división en salas.

II. Recurso mixto

a) Revisión

Dentro de la clasificación que se hizo de los recursos, según el alcance de la materia que comprendían para tratar y pronunciarse, los extraordinarios eran los que sólo abarcaban la consideración del derecho, mientras que los ordinarios lo hacían tanto con relación a éste como a los hechos.

Los recursos analizados hasta este momento se polarizaron en uno u otro rubro. Pero en el presente, que es el de revisión, la particularidad está dada por el extremo de que en casi todas sus previsiones la consideración es tanto de los hechos como del derecho, y en otras perfectamente delineadas la actuación es sólo en el ámbito del derecho.

Ésas son las razones por las que afiliamos a este recurso de revisión como mixto.

b) Procedencia

Por su finalidad, operatoria y oportunidad, este recurso es diferente a todos los demás, participando de su regulación formal, sólo en lo que le fuere aplicable (arts. 483, 451, 452, 453, 439, 441 y 444, 2ª parte).

Como recurso ordinario deberá tender siempre a operar sobre los hechos, demostrando la inexistencia del hecho, o que el imputado no lo cometió, o que de ellos falta totalmente la prueba.

En tanto que como extraordinario, operará sólo sobre el derecho y ese extremo —fundado sobre los hechos acreditados y sobre los cuales no se vuelve— se resume en el cambio del derecho de fondo, ya sea por la simple posibilidad de un cambio de calificación más favorable al reo, ya por la aparición posterior al momento del hecho de una ley más benigna (arts. 480, última parte; 479, incs. 4° y 5°, CPP, y 2°, CPen.).

Ello surge claro de las previsiones legales que regulan la procedencia de este recurso en punto a los casos concretos que prevé: respecto de los hechos que fundaron una sentencia condenatoria, la acreditación en una posterior sentencia penal irrevocable, de que tales hechos son inconciliables

con los que fundan esta última; o que en la posterior irrevocable se acredite que el testimonio o documento probatorios usados en la primera condenatoria, son falsos (art. 479, incs. 1° y 2°).

También sobre el análisis de los hechos y la aplicación del pertinente derecho, se prevé el caso de procedencia de este recurso de revisión, en el supuesto de que una sentencia condenatoria hubiera sido pronunciada a consecuencia de un prevaricato, cohecho u otro delito cuya existencia se hubiere declarado en fallo posterior irrevocable (art. 479, inc. 3°).

Ya en un campo no tan claro como recurso puro de hechos, se da el supuesto de que por acreditados hechos se dé el caso de un cambio de calificación legal de fondo más favorable (art. 479, inc. 4° *in fine*).

Y ya puro, como de derecho únicamente, cuando sobre todo lo fácticamente probado, cambia el derecho de fondo desincriminando total o parcialmente y disminuyendo penalidades (art. 479, inc. 5°).

De todo lo que antecede, resulta claro que este recurso de revisión opera después de la sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada, cuando se dan los casos previstos por la norma, que en definitiva le quitan su base de acierto actual.

Cuando aparecen circunstancias claras y terminantes demostrativas de que esa persona fue víctima de un error judicial al ser condenada, esta situación surge. También surge cuando la nueva ley más benigna se dicta. Recién entonces se abre la vía de este recurso. Por ello es que con relación a su interposición no hay tiempo alguno; se interpondrá cuando nazca el "motivo".

Siempre se lo prevé en favor del condenado. Y por eso es que puede interponerlo él, su defensor, y aún más; sus representantes legales o comunes según el caso: su cónyuge, ascendientes o descendientes y hermanos; y el fiscal. Vastísimo número de sujetos a quienes se les reconoce el derecho de recurrir, pero siempre en beneficio del condenado, vivo o muerto, pues al final y respecto de una posible indemnización, el derecho de percibirla se le concede por la ley al condenado o a sus herederos (arts. 479 y 481).

La interposición del mismo se debe hacer ante la Cámara de Casación, por escrito y con expresa mención de los motivos en que se funda y su referencia a las disposiciones legales aplicables.

Por supuesto, cuando su procedencia se base en los casos que la ley prevé como vinculados al dictado de otra condena posterior irrevocable, se debe acreditar documentalmente este extremo. Y, cuando se llegue a la situación y que ello se refiere al caso de haber mediado en el dictado de su sentencia condenatoria un delito y éste estuviere prescripto o por cualquiera otra razón el proceso no pudiere hacerse, deberá ofrecer la prueba necesaria para acreditar la causal legal en el recurso mismo (art. 482).

c) Trámite

Luego de interpuesto el recurso, la ley prevé para su iniciación la aplicación de las normas que regulan el recurso de casación en lo que fueren aplicables (art. 483).

Estimamos poco feliz esta previsión, por cuanto es tan grande la diferencia de este recurso respecto de los demás que prácticamente lo que fuere aplicable es muy poco.

Así, para el de casación, se impone que el escrito lleve firma letrada (art. 463); en cambio para el de revisión su alcance es tan grande que ninguno de los que lo deduzca en beneficio del condenado, ni él mismo, tiene esta obligación, sino que la propia ley en sus disposiciones generales para los recursos, tras imponer que las partes deben actuar bajo patrocinio letrado, cuando ello no fuere posible, por las razones que prevé, el presidente del tribunal nombrará en tal carácter al defensor oficial (art. 467).

Además el de casación se deduce en el tribunal que dictó la resolución a impugnar, en cambio el de revisión lo es por ante la misma Cámara de Casación (art. 482).

Ello hace que no sea aplicable el art. 444, primera parte, en cuanto a la concesión en primera instancia del recurso sino que es la propia cámara la que controlará la procedencia. Si lo es lo tramitará, si no lo rechazará *in limine* (art. 444, 2ª parte). Pero esto no es sino una adaptación de ese artículo.

Más aún, la concesión de primera instancia supone un decreto que además deje emplazadas a las partes para comparecer ante el tribunal de casación para manifestar si mantienen el recurso (art. 451). Esto no es posible en la revisión, porque no hay primera instancia. Por ello es que la propia cámara deberá abrir un lapso no sólo para mantener recurso, sino:

a) Para que los beneficiarios del recurso con efecto extensivo (art. 441), esto es, los otros condenados que pudiere haber, sepan de su situación y tengan sus letrados.

b) Para que los contrarios puedan adherir (art. 439).

c) Para que se pueda notificar al actor civil que ganó con la condena, y que ahora puede perder con la revisión. Tanto es así que el art. 487 prevé que ante la anulación de la sentencia el actor civil puede tener que devolver lo que cobró.

d) Al tercero condenado civilmente, porque puede recuperar su pago improcedente.

Ese lapso y esa forma no están previstos, por lo que habrá de adaptarse al efecto la norma del art. 452 y dar un plazo de tres días que no será de emplazamiento, sino de citación específica por parte de la cámara, con la debida notificación.

Luego, sí, si se mantienen los recursos, el tribunal fijará un lapso de oficina (diez días) para que las partes estudien los antecedentes, pudiendo en su curso ampliar los fundamentos (art. 466).

No obstante todo ello, la cámara puede si lo estima necesario y según la naturaleza misma del caso, decretar medidas de investigación es decir: "hace una verdadera instrucción" (art. 483, 2ª parte). Sobre esta facultad no encontramos ninguna parecida en el recurso de casación, ni corresponde por cuanto no prevé juicio preliminar (art. 357).

La gravedad misma de los casos que dan origen a este recurso de revisión hace que la ley prevea que se pueda dejar provisionalmente sin efecto, con o sin caución, la privación de libertad que sufre el condenado (art. 484). No hay revisión alguna similar para la casación.

Atento a que en el de revisión hay producción de prueba ofrecida por las partes y el mismo tribunal puede realizar, "todas las indagaciones y diligencias que crea útiles" (art. 484, cit.) el período del "debate", no se reduce como se lo hace en el de la casación, sino que es mucho más amplio.

Por cierto que en lo que hace al cierre del "debate", el acta final, deliberación y sentencia las reglas son las mismas (arts. 396, 398, 404 y 469).

Arribados a la sentencia, el rechazo del recurso, no quita el derecho de intentarlo de nuevo cuando se den los extremos de procedencia que la ley impone (art. 489).

Pero cuando la sentencia, con el triunfo del recurso de revisión, absuelva, se producen una serie de efectos derivados de ello.

En primer lugar el condenado privado de libertad, la recupera inmediatamente y cesan para él las interdicciones resultantes de las accesorias de ley penal.

En lo que hace a los efectos civiles, se debe ordenar que se restituyan todas las sumas pagadas en concepto de pena y de indemnización. Y, a pedido de parte, podrá fijarse en la nueva sentencia, una indemnización a cargo del Estado.

Esta última es limitada por la ley al extremo de que el error judicial que llevó a la condena del ahora inocente, no haya sido provocado por éste con su dolo o culpa (art. 487).

La sorpresa sobre este punto reside en el hecho de que no puede una ley procesal, por formal, usar términos de la teoría del delito, como el dolo y la culpa que tienen significación específica y están enlazados absolutamente a la comisión de un delito, cuando lo que se prevé es sólo un error judicial. Sólo pudo haberse hablado de ligereza, pero nunca de dolo o culpa lo que supone: o un conocimiento y voluntad expresos, o una imprudencia o negligencia determinantes. Además es duro creer que alguien que esté en

su sano juicio determine a un tribunal a que lo condene, salvo que esté en estado psíquico alterado, en cuyo caso debió ser declarado inimputable o suspendido el curso del proceso si fuere sobreviniente al delito pues, de ser así, no habría sentencia condenatoria.

La previsión de la indemnización a favor del que debió soportar el error judicial, es encomiable. El respeto al administrado se abre paso aquí; rogamos a Dios que el Estado, sepa *cumplir su responsabilidad y pague*.

CAPÍTULO XXII

MEDIOS DE IMPUGNACIÓN. NULIDAD INCIDENTAL

SUMARIO: a) Concepto; b) Clases de vicios; c) Acción reparatoria; d) Oportunidad de oposición; e) Procedimiento; f) Recurso.

a) Concepto

Los actos procesales se regulan, como condición de su validez, sobre la base de disposiciones referidas ya a sus presupuestos (por ejemplo: la indagatoria respecto del auto de procesamiento), ya al acto mismo en sí y su contenido (por ejemplo: las garantías iniciales en la indagatoria; los tópicos concretos que debe tratar la sentencia), cuya inobservancia constituye un vicio del acto.

Tales vicios conllevan la nulidad cuando en la letra legal la exigencia se impone expresamente bajo apercibimiento de nulidad. Es decir, en la letra concreta de la regulación de ese acto está prevista su nulidad por su omisión (art. 166).

Pero para el caso de que la previsión expresa, concreta, no esté, en la norma, se la considera por la ley impuesta, plenamente operativa (art. 167), con efecto nulificante en caso de omisión, en situaciones de verdadero compromiso institucional. Éstas se refieren a la esencia misma del proceso, como son: a) las que vician el nombramiento del juez en lo que hace a la forma y condiciones para su procedencia cuya violación elimina la jurisdicción; b) las que vician su capacidad para actuar en la materia o en el espacio (competencia); c) las que vician su constitución, como la falta de juramento al cargo, falta de integración de los colegiados. La misma exigencia para el representante del Ministerio Fiscal; d) también existe ese compromiso institucional cuando se obvian las reglas que imponen la intervención del juez, Ministerio Fiscal y parte querellante en el proceso, como así también las que lo hacen en cuanto a su respectiva participación en los actos en que ella

sea obligatoria; e) y no puede faltar todo lo que hace al imputado quien tiene regulado en el proceso todo lo que toca a oportunidad de intervención, casos en que debe hacerlo, y todas formas que rodean esos actos.

Lo que antecede surge de los arts. 166 y 167, CPP.

El no cumplimiento de las disposiciones puede llevar a la nulidad del acto respectivo y su secuela específica, es decir: vinculada a él. Las partes pueden pedir la declaración de dicha nulidad mediante la impugnación del acto por sus vicios. El trámite es por vía de incidente.

b) Clases de vicios

Las deficiencias formales que tratamos pueden estar referidas, a exigencias dirigidas a determinar la claridad del acto o su mayor precisión, orden de recaudos, etc., pero sin apercibimiento de nulidad.

O por el contrario y en un grado más, tales imposiciones pueden serlo en favor de la parte, en beneficio de ella, conllevando la nulidad por su inobservancia pero supeditado a que ellas (Ministerio Fiscal, querellante, actor civil, imputado, demandado civil) las opongan oportunamente. Es decir que si no impugnan, el vicio se subsana por inactividad.

Esto que no es sino subsanar la nulidad, dependiendo en última instancia de la voluntad de los sujetos, se complementa cuando con la actitud asumida por los que teniendo derecho a oponer la nulidad, acepten, expresa o tácitamente los efectos del acto. Es decir, se subsana por consentimiento.

Lo mismo ocurre, en orden a subsanación, cuando, no obstante su irregularidad, el acto hubiera conseguido su fin respecto de todos los interesados. No hay lesión.

Esa distinción surge de los arts. 169 y 171, Código Procesal que prevé el modo de subsanar las nulidades.

Estas son las nulidades *relativas.*

Pero hay otra clase, aun de mayor compromiso institucional que es la que emerge de la violación de exigencias formales que responden a concretas imposiciones constitucionales; o lisa y llanamente atenten contra ellas aun cuando la norma procesal no lo prevea. Éstas afectan el orden público y son declarables de oficio por el juez en cualquier estado del proceso. No tienen subsanación. Las partes pueden provocar la anulación con su impugnación.

Ellas son las nulidades *absolutas* (arts. 167, 171, 1° párr. ... declaradas de oficio).

c) Acción reparatoria

La distinción en clases que hemos efectuado en el punto precedente tiene relevancia por cuanto, en orden a la declaración de la nulidad, las que comprometen la regularidad constitucional dado el compromiso con el orden público, deben ser declaradas de oficio por el juez, no existiendo límite para ello. Es oportuna esa declaración cualquiera que fuere el estado del proceso, esto es la etapa o situación en que él se encuentre; o cualquiera fuere el grado, esto es el tribunal o instancia en que se halle.

En realidad, en materia de vicios nulificantes el tribunal debe estar en permanente vigilia y cuando compruebe la existencia de una causa de nulidad tiene la obligación, si fuere posible, de eliminarla inmediatamente.

Si esta actitud no fuere adoptada por el tribunal, cualquiera fuere la clase del vicio, la impugnación puede ser realizada por las partes y, en su función, declarada por el juez.

Está legitimada, para impugnar, fuera del caso de la nulidad de orden público de declaración oficiosa (que en todos los casos puede ser promovida por cualquiera de los sujetos), la parte que no haya concurrido a causarla y que tenga interés en la observancia de las disposiciones legales respectivas (art. 169, CPP).

d) Oportunidad de oposición

La ley señala expresamente cuándo puede ser opuesta la impugnación de nulidad, y para ello tiene en cuenta los distintos estados del proceso, hasta la sentencia firme. Luego, tiene en cuenta también los grados generados por el sistema recursivo.

Así, la nulidad producida en el curso de la instrucción, es decir desde el inicio hasta la elevación a juicio y recepción de las actuaciones por el tribunal respectivo, pueden ponerse hasta que éste llame y confiera el término completo de citación a juicio (art. 170, inc. 1°).

En cambio, superado este estado, la nulidad producida en el período preliminar del "juicio", puede ser opuesta hasta inmediatamente después de abierto el debate (arts. 170, inc. 2°, y 376, *idem*).

Por su parte, las generadas en el curso del debate deberán impugnarse en el acto en que el vicio aparece o inmediatamente después (art. 170, inc. 3°).

En cualquier grado recursivo en que el proceso se encuentre, el vicio allí aparecido puede ser atacado de nulidad inmediatamente después de abierta la audiencia o plantearla en el memorial mismo (art. 170, inc. 4°).

e) Procedimiento

La nulidad debe ser instada en todos los casos en forma motivada. El acto de oposición que no cumpliera con este recaudo es inadmisible. Y ello es lógico por cuanto, si se omite la motivación, el juez no tiene forma de conocer la razón del planteo.

Esta oposición se rige por las formas que se imponen al recurso de reposición. Por ello si la promoción se produce en el curso instructorio (art. 170, inc. 1°), debe hacérselo por escrito motivado, con vista por el término de tres días (arts. 447 y 158) a las otras partes por incidente material agregado por cuerda.

Pero si la clausura de esta etapa ya se produjo, la impugnación nulificante por vicio introducido en ella, se debe producir ante el presidente del tribunal de "juicio" y dentro del período de "citación a juicio", también por escrito motivado y será resuelta por el tribunal, sin trámite (no hay vistas) para las otras partes, por cuanto así se regula el recurso de reposición en esta etapa del proceso (arts. 170, inc. 1° *in fine*, y 440, inc. 1°, CPP).

Si el vicio generador de nulidad se produjo en la etapa preliminar del "juicio", la impugnación debe ser introducida hasta inmediatamente después de abierto el debate, con la diferencia de que en esta oportunidad se actuará en forma oral, tanto en la introducción como en la resolución fundada (arts. 372, 440, 122 y 123). También, con las mismas formas (oralidad y sin vistas), pero al cumplirse el acto o inmediatamente después, respecto de los vicios emergentes en el curso del debate (art. 170, inc. 3°).

Si lo fuere en estado recursivo en la instancia correspondiente, la impugnación se opondrá oralmente en la audiencia o por escrito en el memorial, en el caso de que éste sea admisible (art. 170, inc. 4°).

La resolución que se dicte (auto) debe ser en todos los casos fundada (art. 123) y expedida dentro de los cinco días de concluido el trámite, cuando lo hay; y cuando no (caso del curso del juicio) de efectuado el planteo; ello así por cuanto no hay previsión expresa que establezca otro lapso menor (art. 125, cit.).

Si la resolución dictada (auto) admitiera la nulidad y la declarara, tal nulidad hará nulos, también, todos los actos consecutivos que de él dependan. Pero aparte de ello, al emitir su resolución de nulidad, el tribunal establecerá, con relación a los actos que precedieron al anulado o sus contemporáneos, a cuál o cuáles de ellos alcanza también tal nulidad, en los casos en que hubiere conexión.

En la misma resolución el tribunal cuando ello fuere posible y necesario, ordenará la renovación, ratificación o rectificación de los actos anulados.

Además de todo ello, si la nulidad fuere declarada por un tribunal superior respecto de vicios introducidos en instancia inferior, en la resolución podrá disponer el apartamiento del inferior de la causa o imponerle una sanción disciplinaria.

Lo que antecede está regido por los arts. 172 y 173, CPP.

f) Recurso

La resolución que se dicte en el incidente es recurrible:

a) Por apelación ante la cámara de apelaciones, cuando se tratare de un acto emitido al respecto en la etapa de la instrucción hasta el auto de clausura (arts. 24, 449 y 353);

b) Por casación respecto de todo auto denegatorio dictado con relación a nulidades producidas en la etapa instructoria, pero planteada —una vez clausurada— ante el tribunal de juicio, hasta el vencimiento del término de citación a juicio; ocurriendo lo mismo con relación a las producidas en el curso del juicio, siempre que en el momento de producirse, el interesado haya reclamado su subsanación, o hecho reserva de protesta para recurrir en casación (art. 456, CPP).

CAPÍTULO XXIII

PROCESOS Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

SUMARIO: I. Distinción entre procesos y procedimientos especiales: a) Concepto; b) Enunciación de los de cada tipo.— II. Procesos especiales: a) Correccional; b) Proceso especial de menores; c) Proceso especial por delitos de acción privada; d) Proceso especial. Juicio abreviado; e) Conclusión.— III. Proceso especial. Delito de secuestro extorsivo: 1. La realidad; 2. La ley 25.760.— IV. Procedimientos especiales: a) Jueces de ejecución; b) Facultades: penas y medidas de seguridad; c) Trámite y recurso.— V. Otros procedimientos especiales: a) Hábeas corpus; b) Cooperación internacional en materia penal. Extradición.

I. DISTINCIÓN ENTRE PROCESOS Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

a) Concepto

Es necesario distinguir de inicio que entre los "procesos" y los "procedimientos" hay una diferencia tajante. En los primeros hay un objeto procesal (hecho-imputado —en el marco de la ley penal—, pretensión punitiva) que es su materia y a cuyo respecto se dictará una sentencia concretando la actuación de la ley penal sustancial.

En cambio, en los "procedimientos" especiales ese objeto procesal no existe, y el propósito de la actuación no es el de arribar a una sentencia, ni a la materialización del derecho de fondo. La finalidad propuesta es la de proveer en forma regulada por la ley procesal (consultando tanto la seguridad, como la libertad), a la satisfacción de una diligencia o situación necesaria e ineludible actual, mediante una resolución externa al proceso al que sirve o que precederá a un proceso concreto.

b) Enunciación de los de cada tipo

El Código Procesal Penal de la Nación inserta en su letra la regulación como procesos especiales, pero bajo el rótulo de "juicios especiales" al: 1) juicio correccional (arts. 405 a 409); 2) juicio de menores

(arts. 410 a 414); 3) juicios por delitos de acción privada (arts. 415 a 431); 4) juicio abreviado (art. 431).

La característica es que todos ellos son "procesos", que para su dilucidación se rigen por las reglas del proceso común, tanto instructorio como de juicio, con parcial apartamiento de ellas mediante la regulación concreta de reglas que sustituyen a los comunes o las complementan conforme la particularidad de la materia que trata su objeto, ya en la materialidad del hecho, el tipo de delito, ya en la calidad de su autor.

Nosotros, ampliando el rótulo del Código preferimos superar la designación de "juicios especiales", por cuanto ello confiere una idea reducida a la sola especialización de la etapa "juicio", siendo que hay casos, como el de los menores de edad, que especializan también el período instructorio. Por ello hablamos de "procesos especiales", con lo cual abarcamos las dos etapas.

En cambio, entre los procedimientos especiales incluimos: a) el de la extradición, cuya finalidad, en definitiva, es la de producir la captura de un imputado ordenada en un proceso en el que se investiga su responsabilidad penal. Su trámite y resolución, regulados por las normas procesales para dar garantías de defensa, sólo son para captura de alguien que será juzgado por otro; b) el procedimiento de hábeas corpus, tiene por objeto sólo proveer la custodia de la libertad individual coartada o amenazada en forma que se sostiene ilegítima; tras esa custodia en la que el trámite y la resolución tienden sólo a la libertad, podrá en su caso abrirse un proceso por el delito de privación ilegal de libertad. Pero el procedimiento en sí no juzga, no emite sentencia, sólo resuelve, si procede liberarlo.

Este rubro de los procedimientos especiales, en nuestra opinión, incluye además toda la materia específica que el Código encomienda en el Libro V, Capítulos I a III, al juez de ejecución, que crea y le confiere competencia en el art. 30.

Ninguno de los procedimientos que se le atribuyen al juez de ejecución como de su competencia, tiene autonomía propia. Todos son dependientes de la sentencia o resolución que dictó en un proceso con objeto procesal propio el juzgado o tribunal que investiga y juzga. Los trámites procesales que cumple el juez de ejecución no tienen objeto procesal (hecho-imputado —marco penal— pretensión punitiva), por consiguiente no puede expedir ninguna resolución que no sea sino para la ejecución de lo ya resuelto y en lo que hace a su contralor, regularidad y cesación.

Esa actividad encomendada al juez de ejecución se nuclea en: a) todo lo que hace a la medida y extensión de la pena privativa de libertad, con cumplimiento efectivo o suspendido, con vigilancia respecto del comportamiento de las autoridades o del propio condenado, en su caso; b) vigilar

la real ejecución de las inhabilitaciones impuestas como penas principales o accesorias; c) hacer cumplir la pena de multa impuesta; d) especial previsión del trámite de la liberación condicional; e) especial vigilancia en la suspensión condicionada del proceso penal; f) contralor de desarrollo ejecutivo y su resultado de las medidas de seguridad y su oportuna cesación.

II. PROCESOS ESPECIALES

a) Correccional

Tiene la especial característica de ser un proceso que tramita íntegramente, tanto en investigación como en juzgamiento por ante un solo órgano jurisdiccional que es el juez correccional.

Cumple su cometido respecto de delitos de acción pública oficiosa (art. 71, 1ª parte, CPen.) reprimidos con pena privativa de libertad *cuyo máximo no exceda de tres años de prisión* y también respecto de aquellos reprimidos sólo con inhabilitación o multa.

Agrega a esta competencia la de ser tribunal de alzada en apelación respecto de las resoluciones sobre faltas o contravenciones policiales y de queja por denegación de este recurso (todo lo precedente surge del art. 27, CPP).

Por lo expuesto, el juez correccional es en su competencia, juez instructor en todo el período de tal calidad. Su actividad se regula por la ley procesal por todas las previsiones relativas a la instrucción, comunes tanto al juez de instrucción como al que tratamos.

Por consiguiente, desde la forma de iniciar la instrucción, todo su desarrollo y su cierre y elevación a la etapa del juicio, es idéntica a la del juicio criminal. Se aplican todos los instrumentos de investigación, todos los cautelares, los de sometimiento, la participación de las partes, sus opciones y clausura (arts. 174, 353 y 405).

Se diferencia del común en que todas las etapas se cumplen ante el mismo juez. Así, cuando cierra la instrucción, el proceso no cambia de tribunal. Sólo cambia la etapa y la del "juicio", que se inicia y se desarrolla ante ese mismo juez que ahora tiene todas las facultades, tanto del presidente del tribunal de juicio, como las de sus miembros. Es precisamente en este momento cuando comienza la especialización.

Toda la etapa del "juicio" con sus períodos "preliminar", "debate" y "sentencia", se rige por las reglas del juicio común. En algunos tramos la ley introduce reglas especiales que complementan, modifican o flexibilizan aquéllas. Por ello se lo califica como proceso especial.

Por ende como tribunal de juicio el juez correccional recibe la instrucción y posee una facultad-última de contralor de regularidad de la instrucción, que le permite retornarla a la etapa instructoria para sanearla si a ella le falta algo fundamental.

Por recibida —originaria o por retornada de instrucción— el juez actuando como presidente pone al proceso por un lapso en oficina para que las partes ofrezcan pruebas que hagan a su derecho o puedan recusar al juez. Pero esto que es regla común, se especializa en lo correccional, en el hecho de que el lapso instituido para el juicio común se reduce en este especial a cinco días. También se reduce el lapso para fijar la audiencia de inicio del debate (art. 406).

Para el juicio común, abierto el debate se prevé que se lea por secretaría el requerimiento fiscal al procesado.

Aquí varía esa situación y se impone al propio juez que explique en detalle al reo los hechos por los que se le procesa y la prueba que a su respecto existe. Ello no es sino uno de los recaudos de la indagatoria, que luego debe tomarle obligatoriamente. Así se borra de este proceder especializado todo el tramo previo a la indagatoria misma (art. 407).

Por cierto que por lo general, el debate continúa con la recepción y producción de la prueba. Pero a diferencia del juicio común, en el correccional, si media en la indagatoria confesión circunstanciada y detallada, con conformidad de juez, fiscal, querellante y defensa, se puede obviar toda la prueba que aspire a probar la responsabilidad del procesado. Ésta es otra especialización por la que el correccional se aparta del juicio común (ver regla general del art. 405).

Luego de cerrado el debate por las reglas del juicio común, este correccional vuelve a especializarse, con algo que se impone ante este "tribunal" de un miembro solitario, que oficia de presidente y miembro de una colegiación que no existe. Ello es lo relativo a cuando el juez "delibera" para concluir con la emisión de la sentencia. La especialización consiste en que la ley autoriza a este "solitario" a que, en su caso, omita la deliberación y emita la sentencia en forma inmediata al cierre del debate, lo cual deberá hacerse constar en el acta (art. 409, 1ª parte).

Todo lo relativo a la forma de la sentencia se rige por las reglas del juicio común.

Y, coincidiendo con este último, en el caso de tratarse de un proceso complejo o voluminoso, o lo que resulte de lo avanzado de la hora, se autoriza al juez a redactar la sentencia y leerla públicamente en una oportunidad diferida a una audiencia posterior al efecto, que no podrá ser fijada para más de tres días (art. 409, 2ª parte).

Hay algo que no queda claro en esta especialización. Concretamente el Código, para el juicio común, autoriza a redactar la sentencia en plazo diferido, pero en forma expresa impone que en la audiencia inmediata luego del debate, lo que no puede eludirse es la lectura de la parte dispositiva de la sentencia. Luego redactará los fundamentos, pero se tiene que emitir el fallo. En el caso correccional no impone expresamente este trámite previo y parecería que lo diferido es todo el acto, tanto los fundamentos como el fallo.

La capacidad para poder dejar de deliberar y dictar la sentencia directamente; la falta de previsión expresa para la división del acto en fallo y fundamentos; y la naturaleza especial del proceso correccional, nos crean la duda sobre si la especialización llega al extremo de imponer el dictado completo de la sentencia.

b) Proceso especial de menores

Esta materia demanda precisiones previas para evitar en su desarrollo confusiones.

El delito es "acción humana", particularmente caracterizada, pero *acción humana*. Por ello su sujeto activo es el hombre. Para concretar el derecho penal en el caso particular, se instituye el proceso como medio instrumental. A él, en función del hecho, se somete al hombre. Según las circunstancias y condiciones que éste presente en cada caso, la ley regula institutos, tanto de fondo, como de forma, y ello llega hasta el mismo procedimiento, que permiten la adecuación a la realidad vital de ese sujeto activo.

Así, entre esas previsiones no pueden estar ausentes las que contemplan al "hombre", pero de muy corta edad, lo cual implica poco desarrollo actual tanto en lo físico, como en lo intelectual.

En virtud de ello, este sujeto menor de edad recibe un trato especial desde su encuadramiento en la ley penal que, en función de su todavía incompleto desarrollo intelectual, regula inimputabilidades relativas, medidas de seguridad proteccionales educativas, perdón judicial.

La ley de forma —procesal penal— que debe regular el proceso para "ese hombre" no puede ignorar en lo formal los institutos especializados de fondo que debe aplicar. Por ello es que surge a este respecto un "proceso especial", toda vez que al común se le imponen reglas específicas que lo particularizan, suprimiendo algunas, adosando otras, creando nuevas.

Éste es el proceso penal especial de menores.

Por cierto que tiene objeto procesal propio que es el delito —hecho e imputado— que constituye su materia.

Se le aplican las reglas del proceso común.

Pero, en lo que hace a la etapa instructoria esas reglas comunes se excepcionan, en el hecho de que no se le decretará la detención. Lo excepcional es que se lo haga cuando haya indicios de que el menor tratará de sustraerse a la justicia, tanto porque huya, como que distorsione la investigación (art. 411). Ese encierro no funcionará como el instituto procesal común, sino como "legal internación" en establecimientos especiales, comunes a menores, pero ajenos por completo al de mayores, tanto es así que esa "internación" se aprovecha para hacer un estudio completo de las condiciones biológico-psíquico-psicológicas y sociales del menor (ámbito y familia), para proveer a un tratamiento pedagógico de formación, o recuperación formativa de personalidad del menor, conforme con las medidas de este tipo que, en función de medida de seguridad, prevé la ley penal de fondo.

Y conforme con esa misma finalidad procesal penal, lo que está terminantemente prohibido, sin excepción alguna, es la imposición de la prisión preventiva (art. 315).

La razón de la especialización tratada reside en el aspecto de que el *encierro "procesal"*, ya por detención, ya por prisión preventiva, coarta al juez interviniente en la aplicación de medidas pedagógicas. Si le decreta la prisión preventiva tiene que mandarlo a la cárcel (art. 313), de la que no puede salir sino por vía de la excarcelación (art. 318). Es decir que no puede internarlo y sacarlo cuando lo estime procedente dado la adecuación formativa positiva, o mantenerlo externado cuando sea necesario dado ese buen desarrollo. El internado por prisión preventiva tiene que estar encerrado; y sale por la excarcelación; ninguno de estos dos institutos procesales se adecua a la fórmula "lo mejor para el menor" que es la que rige en estos procesos.

Esta especial caracterización del proceso penal de menores, en concordancia con los institutos protectores que, como medida de seguridad educativa impone el Código Penal, determina la intervención en estos procesos en forma obligada, de un nuevo sujeto que antes, increíblemente no existía —o no lo quiso aceptar la doctrina de la Corte Suprema de la Nación— en un caso que pasó por ante ella: "Todres" —año 1971— y que en esta ley procesal nueva se lo impone: el asesor de menores.

Éste y la intervención de los padres, tutores, curadores o los guardadores (arts. 411 a 413, incs. 3° y 4°) son imposiciones concretas de normas especializadas por sobre las comunes del proceso general.

En la etapa del "juicio" la regulación está regida por las reglas comunes (art. 413).

Pero ellas se exceptúan en forma especial en lo que hace a la publicidad del debate, la que se limita al extremo de hacerse a puertas cerradas y con la concurrencia de las partes, los padres o los representantes legales del

menor, con intervención obligada, no obstante la del letrado defensor, del ya citado asesor de menores.

Y también se limita la presencia del procesado menor de edad, el que sólo concurrirá al "debate" cuando sea necesario y luego se retirará (art. 413).

El art. 78 impone la revisación psiquiátrico-psicológica en todos los casos para determinar la capacidad del menor para delinquir.

El resto, incluido la deliberación para el dictado de la sentencia, y ésta en sus requisitos fundamentales, sería igual al juicio común (arts. 398 y 399).

Pero lo que ocurre es que en esta parte, y a diferencia del Código Procesal viejo, el nuevo no prevé la regulación de las previsiones de la ley de fondo, en su art. 4°, CPen. —ley 22.278—, en cuanto dice: "La imposición de pena respecto del menor... estará supeditada a los siguientes requisitos: 1°) que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales...". Por lo que de esta suerte, si se arriba a la sentencia y ella debe ser absolutoria, el respeto de las reglas comunes no obsta en nada la regulación referida al juicio común. Se dicta en la oportunidad establecida para el mismo.

Pero, el caso se plantea cuando debe ser condenatoria.

Como la ley penal de fondo impone declarar la responsabilidad penal, se supone una regla especializada en el proceso de menores que establezca el "auto de responsabilidad penal", resolver los problemas civiles y después de ello poder esperar un año de vigilancia del menor o hasta su mayoría de edad, para poder apreciar si se corrigió o no, y según ello y los respectivos informes, en lo posible, perdonar y absolver. De lo contrario condenar (art. 4°, inc. 3°, ley 22.278).

Esta regla procesal especializada estaba inserta en el Código de Procedimientos en Materia Penal viejo, concordada con la exigencia de la ley penal de fondo (art. 4° "...conforme a las normas procesales"), por obra de las leyes 22.277 y 22.803.

Hoy, en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación, esta regla no ha sido reproducida y en consecuencia la regulación del auto de responsabilidad y la sistemática del resultante no está prevista. Y no es satisfactoria la regulación del juicio común (arts. 398, 399 y 403).

La especialización del proceso penal de menores, llega hasta la reforma de los órganos judiciales que en su trámite investigatorio y juzgatorio intervienen. Así, se distingue entre *jueces de Menores* por un lado y *Tribunal de Menores* por el otro (arts. 28 y 29, CPP).

A los primeros les corresponde la *investigación y juzgamiento* en instancia única de delitos de acción pública reprimidos con pena privativa de libertad inferior a tres años. En cambio actúan como "instructores" única-

mente y con el procedimiento común especializado indicado, dejando el juzgamiento en única instancia a cargo del *Tribunal de Menores*, cuando en esos delitos la pena sea superior a tres años.

Suma a esto una competencia que es para el juzgamiento en única instancia a cargo de los jueces de menores, en los delitos que estén reprimidos con pena *no* privativa de libertad (art. 29, inc. 2°, 1ª parte).

Todo, por cierto, respecto de menores autores de 16 a 18 años a la época de comisión del delito.

La segunda, el Tribunal de Menores, actúa en instancia única en los delitos reprimidos con pena privativa de libertad de tres años o más (art. 28).

Sólo observaremos algo y dejaremos el comentario de lado: la ley procesal nueva encomienda al juez de menores actuando en instancia única el "juzgamiento" por delitos cometidos por menores que *no hayan cumplido* 18 años al momento de comisión y que estén reprimidos con pena NO *privativa de libertad.*

Frente a ello la ley 22.278 de régimen penal de menores, es decir el Código Penal, dice: "*No es punible...* el menor que no haya cumplido 18 años... respecto de delitos... reprimidos con pena... con multa o con inhabilitación".

Es decir: esos menores no pueden ser "juzgados".

La misma ley de fondo establece únicamente el régimen tutelar a su respecto, lo que no es "juzgamiento" (ver art. 1°, párr. 1°, 2ª parte, párrs. 2° y 4° de la citada ley 22.278).

Derogación parcial de la justicia de menores

Competencia es lo que hoy el art. 29, CPP atribuye a los tribunales de menores, y no una mera especialización como lo era en el Código viejo, otorgada a algunos juzgados y comunes señalados al efecto. Tanto es competencia que el Código instituye juzgados y tribunales específicos y les fija concretamente la materia y los casos en que deben intervenir (arts. 20 a 29 y 410 a 414).

Esa atribución la hace con especial dedicación en cuanto para ello se quita competencia a los tribunales del crimen —de mayores— cuando el art. 25, CPP dice que éstos intervendrán en el juzgamiento de los delitos cuya competencia no se atribuya a otro tribunal.

Esto es lo que ocurre en el caso de los menores, se le quita a aquél y se le atribuye a éstos (arts. 28 y 29).

En el supuesto de que en un mismo hecho resulten imputados mayores y menores, conocerán en la causa los tribunales designados para el juzga-

miento de menores. De tal modo dichos tribunales serán de menores y mayores (art. 24, ley 24.050, reformada por la 24.170), cada uno sujeto a su respectivo procedimiento.

Pero, por encima de todo ello, con evidente lesión al régimen institucional protector de los menores, tanto el Código Procesal Penal nuevo, como su ley orgánica, han ignorado por completo la ley nacional 10.903, en plena vigencia, en lo que hace a toda la problemática de los menores víctimas de delitos cometidos por mayores de edad.

Ese menor —con problemas de conducta o sin ellos— sometido a violación o corrupción por un mayor de edad, tiene que ir, conforme a las dos leyes nuevas citadas, a los estrados de un tribunal para mayores. Ello aunque él no ha cometido ningún delito, lo ha soportado. Esas dos leyes regulan las competencias sólo sobre las comisiones delictivas. Y éstas, las de los mayores, son las que lo llevan a los citados estrados.

El régimen del proceso común sólo prevé la reserva de la audiencia, declinando la publicidad, en forma excepcional y temporaria en el art. 363 y admite acompañar al menor ante las audiencias en el art. 80, inc. c), pero todo para procesos por delitos cometidos, ya, por mayores.

En cambio, el régimen del proceso especial de menores protege al menor autor de delito, hasta en el detalle de las audiencias, en su secreto, en su asistencia obligada (arts. 410 a 413).

Entre estos dos extremos el menor víctima (incluido el brillante, puro, sin problemas), sometido violentamente a un acceso carnal, tendrá que ir a ventilar su suerte ante los tribunales, sin régimen procesal adecuado que, incluso, lo expondrá a la vergüenza de un juicio común no regulado para el caso.

Esta omisión pone de resalto la ligereza con que se legisla por parte de los que no conocen la materia y no se preocupan por informarse.

c) Proceso especial por delitos de acción privada

1) Regulación en el Código Penal

La especialización de los procesos para este tipo de delitos tiene por base la particular regulación que impone al respecto la ley penal de fondo.

Los delitos de los cuales nace acción de ejercicio privado son, según la enunciación legal: 1) calumnias e injurias; 2) violación de secretos, salvo los casos previstos por los arts. 154 y 157; 3) concurrencia desleal, prevista por el art. 159; 4) incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere el cónyuge (art. 73, CPen.).

Respecto de ellos la propia ley de fondo estatuye que en orden al ejercicio de tal acción, se procederá únicamente por el agraviado —ofendido— por medio de querella o denuncia. Esto último debe tenerse por no escrito —es un error del legislador— por cuanto el denunciante no ejerce acción, es un simple anoticiador; en cambio, el querellante es esto último y actor en el proceso.

La acción penal de ejercicio privado puede ser renunciada por el agraviado y ello extingue definitivamente la posibilidad de todo ejercicio futuro. Esta renuncia al ejercicio de la acción privada sólo perjudica al renunciante y a sus herederos (arts. 75, 76 y 59, inc. 4°, CPen.).

Este particular enfoque y regulación lleva su alcance hasta la etapa de sentencia y ejecución por cuanto, confiriendo total relevancia al perdón de la parte ofendida le otorga el poder de extinguir la pena impuesta, lo que alcanzará a todos los condenados (art. 69, CPen.).

La penetración de la ley fondo en la regulación procesal no cesa aquí sino que se extiende al curso del proceso ya promovido, estableciendo que el culpable de injurias o calumnias contra un particular o asociación quedará exento de pena si se retractare públicamente, antes de contestar la querella o en el acto de hacerlo (art. 117, CPen.).

2) Adecuación formal. Procedimiento. Tribunal interviniente

La ley procesal penal para servir de instrumento a la ley de fondo cuya tipicidad hemos resaltado preferentemente, debió adecuarse a sus previsiones y por ello:

a) *No impone ni regula etapa instructoria*, dejando la tarea de colección de conocimiento y acopio de probanzas preliminares a cargo del agraviado, que, como consecuencia de su actividad particular, elaborará el documento de iniciación del proceso. Ese documento no es sino la querella, que a su vez actúa como acusación.

Por medio de esa querella promueve la acción penal y también puede hacerlo respecto de la acción civil reparatoria. Puede actuar por sí como ofendido, o por medio de representante legal en caso de ser incapaz. Y, en ambos casos, por sí o por medio de apoderado especial, acompañando al escrito de querella el poder especial (art. 418).

Sin que ello implique dejar sin efecto la ausencia de instrucción oficial, se prevé que el ofendido podrá, excepcionalmente, requerir al tribunal una investigación preliminar cuando ignore el nombre, apellido o domicilio del autor del hecho, o deba agregar al proceso documentos que en su actividad personal no haya podido obtener (art. 426).

b) *Consecuencia directa de ello es que no intervenga para nada en el curso del proceso el Ministro Fiscal.*

Por eso es que en ausencia de oficiosidad tiene, en mano del querellante, plena vigencia el principio de oportunidad y conveniencia en sus formas tanto personal, como real. Por ello es que el ofendido acciona o no, o lo hace cuando lo estime; si lo hace lo puede enderezar contra uno sólo o todos los partícipes, a su elección. Y lo mismo por uno o todos los delitos de acción privada que impute a uno o varios sujetos.

Consecuencia de ambos es que el querellante constituido *puede desistir de su acción. En forma tácita* en el momento que la ley impone su actividad y no lo hace dentro de los sesenta días después del último acto; o no concurre a la audiencia de conciliación o a la de "debate", asistencia que se impone como obligatoria al inicio y en el curso del proceso; o, en el caso único de calumnias o injurias, ante la muerte o incapacidad del querellante, sus herederos no concurrieren a mantener la acción en el término de sesenta días de ocurrida la muerte o incapacidad. *En forma expresa* en cualquier estado del proceso (arts. 422 y 421). Y como *no hay fiscal* que recoja la acción, el *desistimiento extingue la acción* y obliga a *sobreseer* en la causa, con imposición de costas, al querellante, salvo acuerdo entre las partes y el efecto de este sobreseimiento alcanza a todos los que hayan participado en el delito (arts. 423 y 419).

c) *Ante la ausencia de etapa instructoria, el proceso por estos delitos privados carece de auto de procesamiento*, por lo que el imputado es sólo "acusado" y no puede normalmente ser pasible de prisión preventiva. Ella excepcionalmente puede ser decretada como tal, en auto fundado, sin implicar procesamiento, previa recepción de declaración indagatoria precedida de una breve información sumaria, cuando hubiere motivos graves para sospechar que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia o torcer la prueba y no estuviere dentro de los casos que la propia ley prevé como de improcedencia de esta medida de cautela personal (arts. 427, 306 y 312).

Esta medida asegurativa personal puede, a solicitud del querellante, ser decretada a partir de la primera presentación promotora de la acción (arts. 415 y 424), es decir antes de todo trámite procesal, sin noticia ni intervención del imputado, el que sólo conocerá oficialmente la situación cuando sea llamado a declaración indagatoria en la información sumaria que con ocasión de este pedido debe incoar el juez.

Y la posibilidad de producirse se extiende hasta que se abre el debate (arts. 429 y 430).

Desde el inicio de este último el régimen cambia y es sustituido por otra medida asegurativa propia de esta etapa procesal, que es la detención

cuya aplicación está prevista para el caso de que se tenga que suspender el trámite por ausencia del imputado. Oportunidad ésta que determina la declaración de rebeldía, orden de detención y captura (arts. 430, 367 y 288/292).

Ambos institutos asegurativos ofrecen en este tipo de procesos especiales particularidades específicas.

En lo que hace a la prisión preventiva, es incuestionable que el acto indagatorio que le sirve de presupuesto, no puede referirse al hecho y a la responsabilidad del agente, porque ello implicaría entrar al objeto del proceso. Sólo versará sobre lo que sea necesario para apreciar la posibilidad de fuga fundante del instituto asegurativo. En su consecuencia, el acto normal y común de "auto de procesamiento" que sirve de continente a la prisión preventiva común (arts. 306 y 312) no será en este caso sino una declaración meramente formal, de oportunidad, para insertar la prisión preventiva. Algo así como ocurría en el viejo Código respecto de los delitos a los que no correspondía pena privativa de libertad, en cuyo caso se declaraba que formalmente estaban reunidos los extremos legales de procedencia de la prisión preventiva y así podía seguir adelante el proceso.

La otra particularidad es la que emerge de la causal específica que funda la procedencia de la privación provisional de la libertad en el proceso. Ella, prevista por el art. 427, 1ª parte, la reduce a "...solamente cuando hubiere motivos graves para sospechar que tratará de eludir la acción de la justicia...". Esta fórmula es la del art. 319, CPP, que autoriza al juez a que, pese a ser legalmente procedente la liberación provisional, la niegue ante el evidente peligro de fuga.

Si la causal para la privación provisional de libertad es esa que, a su vez, es impeditiva de liberación (excarcelación), es de concluir que esta última, en estos casos, nunca procede. Le decreta prisión por el peligro y por el mismo peligro no procede la excarcelación (art. 319, cit.).

Nótese que lo expuesto no se modifica ante la previsión de los arts. 427, 306 y 312 en la faz negativa, porque el juez decretó una situación liberatoria anterior. Ello porque por esa vía indirecta se derogaría la finalidad asegurativa de la ley.

En orden a la cautela real, el embargo e inhibición se rigen por las reglas generales.

d) *El proceso se inicia en la etapa de "juicio"*, o por lo menos en una diligencia ineludible que la precede como condición de dar trámite, que es una audiencia de conciliación.

Por esta razón el escrito de querella cumple la función no sólo de forma de inicio, sino la de acusación en la forma de "requerimiento" del juicio común. Abre la etapa del "juicio".

Esta querella está regulada especialmente por la ley procesal, imponiéndole que lo sea por escrito, con tantas *copias* como querellados, *personalmente o por mandatario*, en este caso con *poder especial* acompañado; adjuntando, bajo pena de inadmisibilidad, toda la *documentación* de que pretenda valerse, y si no se lo pudiere hacer se indicará el lugar en que se encuentra.

En el escrito se deberá expresar, bajo pena de inadmisibilidad: 1) nombre, apellido y domicilio del querellante; 2) lo mismo del querellado, y si se ignoraren, la mayor cantidad de datos útiles para identificarlo; 3) relación completa, circunstanciada en tiempo, lugar y modo del hecho y la indicación de su prueba con la nómina de testigos, peritos e intérpretes, con las exigencias comunes de ley; 4) si se ejercitare acción civil, concretar la demanda en los términos que para todas ellas en sede penal regula el Código en su art. 93; 5) la firma del presentante si fuere el propio querellante y si no supiere firmar, la de otra persona a su ruego ante el secretario; 6) cuando hubiere varios querellantes, con identidad de intereses entre ellos, la designación de un representante común, en caso contrario lo designará el tribunal (arts. 418 y 416).

En caso de varios procesos por el mismo delito o autores, operará la acumulación de ellos, siempre que no hubiere entre ellos proceso o procesos por delitos de acción pública (art. 417).

e) Concordado con el tipo de acción y los caracteres que de ello se derivan, para este tipo de proceso se legisla una circunstancia que no se ve en ningún otro. *Este proceso debe ser precedido ineludiblemente por una audiencia de conciliación a la que deberán asistir las partes*, con o sin sus letrados (art. 424).

Si no concurre el querellante, se lo tiene por desistido. Si no lo hace el querellado, el proceso continúa.

En esa audiencia puede ocurrir que los contrarios se concilien, cosa que puede suceder también durante todo el curso del proceso. Si esta conciliación ocurriere se sobreseerá en la causa y las costas las pagarán cada uno las suyas (art. 425).

Esta oportunidad se da en todos los procesos por delitos de acción privada. Y si se nos permite, en forma sintética la conciliación es "hacerse amigos", o volver a serlo.

En los delitos de calumnias e injurias, además de esa conciliación, puede darse un instituto exclusivo de este tipo de delito, impuesto por el

Código Penal: la retractación (art. 117, CPen.). Ella puede ocurrir en la audiencia, y fuera de ella hasta la contestación de la acusación o en el acto de hacerlo.

Ella no consiste, como en la conciliación, en hacerse amigos; sino en la admisión terminante y sin subordinación a explicación alguna de la inexactitud —casi diríamos afirmación de la falsedad— de lo dicho en perjuicio del querellante. Si esta retractación fuere rechazada por no ser suficiente para el querellante, el juez es el que debe decidir si procede o no (arts. 425, CPP, y 117, CPen.) con costas a cargo del querellado.

f) Cumplido el trámite de la audiencia previa y por fracasado su propósito y sin mediar retractación, el presidente abre la etapa del juicio, en su fase preliminar, y pone los autos en oficina por el plazo de diez días para que el querellado ofrezca sus pruebas (el querellante ya lo hizo al presentar la querella, art. 418, inc. 4°), o excepciones en los términos de ley.

Respecto de estas últimas y a la oportunidad de su oposición surge un problema interesante a resolver, cual es el de si no es posible introducir la defensa formal antes de la citación a juicio de la parte querellada; es decir, en un término previo al previsto por el art. 426, ap. 2, CPPN.

Concretamente, si es viable excepcionar antes o durante la audiencia de conciliación, pero sin entrar a tratar avenimiento alguno.

En orden a la finalidad de las excepciones recordamos que ellas, como previas, persiguen evitar la entrada a la etapa del plenario, en el Código Procesal Penal nacional viejo, y al debate en el nuevo.

Y también téngase presente que en ese estadio postinstructorio y previo al del juicio, hay uno intermedio de carácter preparatorio o preliminar, que en el viejo Código comprendía desde la recepción de las actuaciones por el juez de sentencia (plenario), hasta que, producida la acusación y corrido el traslado defensivo, antes de evacuarlo la defensa oponía la excepción; y que en el Código actual entre la recepción de la causa por el tribunal de juicio y la entrada al debate, hay para el proceso común, también un lapso preparatorio, en el que es oportuno excepcionar.

Pero es el caso de que en este último la actuación de acusación y defensa es contemporánea y con una finalidad diferente (art. 354, CPP) a la de requerimiento y oportunidad de contestarlo, estadio que ya ha ocurrido; sino sólo de ofrecer prueba, completar algún elemento respecto de ella e incidencias sobre integración del tribunal. Y más aún, que en el juicio especial por delitos de acción privada, su inicio está inserto en la etapa procesal de "juicio"; que el acto que lo implica (querella) debe estar producido con todos los recaudos de la "acusación" (requerimiento de juicio) y del ofrecimiento de prueba, con la acumulación de la documental (art. 418, CPP).

Esta última característica rompe la regla del juicio común y desdobla la diligencia preliminar: 1) inicial exclusiva para la querella y 2) exclusiva para el querellado. Separadas ambas por la audiencia de conciliación (arts. 415, 418, 424 y 428, CPP).

Antes de la audiencia de conciliación y ante la sola presentación de la querella, la actividad judicial ya está activada. Ello porque el juez puede ya ejercitar su contralor de regularidad legal respecto de las exigencias formales impuestas por el art. 418, CPP, cuya omisión conducen por defecto legal a la inadmisibilidad de la promoción de la acción. Tal actitud implica un pronunciamiento jurisdiccional perfectamente válido que pone fin a la pretensión de proceso.

Si el rechazo no se produce, pese el vicio existente; si además el juez unifica representación (en su caso) —art. 416, CPP— y continuando convoca a las partes a la audiencia de conciliación, previa orden de entrega de las copias de la querella al querellado (arts. 418, 1ª parte, y 424, *idem*), es absolutamente incuestionable que ha dado trámite procesal legalmente válido, ante lo cual es innegable que ya hay proceso. Y en él hay trámite.

Ahora bien, ante la entrega de las copias de la querella al querellado, éste conoce los términos de la acusación y considera que la narración del hecho que se le enrostra no existe, o es genérica, oscura e imprecisa, a tal punto que no conoce lo que se le atribuye. Para él no hay hecho, para él no hay objeto procesal. Por consiguiente no puede haber proceso válido.

La consecuencia constitucional de esta situación es la de que no se puede defender, porque no hay nada que contestar o poder hacerlo certeramente o dar explicaciones: no puede conciliar y mucho menos retractarse (en el caso de delitos contra el honor).

Puede darse también que el acto unilateral del querellante contenga un ofrecimiento de prueba que no tenga explicación alguna (testigos sin vinculación) de su relación con el hecho, o de un exceso numérico y reiterativo que comprometa la aspiración de orden y disciplina procesal que encierra la letra del art. 555 *ibidem*. En esta situación el juez nunca podrá proveer sobre la pertinencia o impertinencia de la prueba ofrecida (art. 356).

No es ajena a esta materia la posibilidad de falta de legitimidad en la parte querellante. O, en lo más grueso, que la presentación se haya efectuado ante un juez sin jurisdicción o con falta de competencia.

Es tan amplia la posibilidad de presentación de vicios formales que obsten a la regularidad procesal, que invocamos la letra expresa del art. 339, CPP y sobre ella llamamos a pensar qué sentido tendría, ante la presencia de esas causales, encarar la tramitación de un proceso.

Ante ello no resta otra posibilidad que la de admitir que el querellado —subsistente el vicio obstativo del proceso— pueda excepcionar antes de la audiencia de conciliación. Y considerar que, por mera especialización, de aplicación restringida, la oportunidad señalada por el art. 428, ap. 2, CPP, no deroga la regla general en cuanto a posibilidad de oposición anterior, en un proceso en pleno trámite.

En apoyo de lo expuesto traemos a colación la doctrina y exposición fundante del Tribunal Plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, en la causa ..., caratulada ... de fecha .../.../... (Fallos CCC, t. 3, p. ...). Es muy importante por cuanto dicho tribunal declaró la procedencia de excepcionar en la oportunidad que analizamos.

Ella es doctrina más que actual. Esto es así porque el Código viejo en el art. 591, imponía que no se daría trámite alguno sin la previa realización de la audiencia de conciliación. El tribunal explica la invalidez de tal obstáculo. No se podía decir que no se daría trámite, cuando para llegar a ella hubo que tramitar necesariamente.

Hoy, nuestro código vigente ha eliminado ese impedimento de trámite previo (ver art. 424, CPP).

Para el respeto y garantías del derecho de defensa, en un proceso con verdadero equilibrio, no se le puede negar al querellado poder actuar en esa oportunidad.

g) Además, si el querellado a su vez es demandado por daños civiles, deberá en dicho término de diez días contestar la demanda conforme las normas especiales señaladas en el art. 101.

Cumplida esta fase, el tribunal fijará la audiencia de debate debiendo el querellante depositar los fondos para indemnizar y pagar transporte de testigos. A partir de ese momento el querellante asume las facultades que en el juicio común tiene el fiscal.

El debate se rige por las reglas señaladas para el juicio común.

Esta etapa del juicio se cierra con el alegato sobre la prueba y la acusación y la defensa (arts. 429 y 430).

Esta última —la defensa— no existe en etapas anteriores de este proceso, por lo que la retractación del querellado puede ser prestada hasta el momento de presentar esa defensa, o en su momento pero en lugar de ella.

Esta permisividad es demasiado dilatada para la oportunidad de retractarse; permisividad que emerge del silencio de la ley en cuanto a fijación del momento de traslado y contestación de la acusación. Es decir, hoy el Código formal dice que la retractación deberá producirse al contestar la

querella o antes de hacerlo, pero no fija ese momento y en forma genérica manda la situación al final del proceso.

El Código Penal, por ser ley de fondo, impone al formal su subordinación. La razón fundada de la introducción del art. 117, CPen. en cuanto a esta oportunidad limitada de retractarse, fue largamente expuesta por el informe del proyecto de ley y tratada por la doctrina. Es la de evitar dilación, especulación, extorsión y daño al querellante que ve estirar su proceso siempre con el peligro de que el querellado se lo corte con una retractación de conveniencia. Por ello modificó el Código Penal anterior (1887), borró su amplitud (en cualquier momento del proceso) y le impuso el límite inicial.

Respetando esa finalidad expuesta, aceptada y regulada por todos, la ley formal, debe ser interpretada en cuanto al art. 428, CPP, como imponiendo en la citación un traslado de la querella (si hay actor civil: de la demanda, arts. 428 última parte, y 101) para que se le conteste y ofrezca la prueba. Ésa es la última oportunidad para retractarse.

Todo el resto del trámite es igual al juicio común, tanto para la sentencia y sus términos como para los recursos y ejecución.

La única especialización está en que para el caso de calumnias e injurias, al condenarse, siempre que hubiere sido pedido por el querellante, se ordenará la publicación de la sentencia en la forma que el tribunal lo mande, todo a costa del vencido (art. 431, CPP). Ello se concuerda con el mandato en tal sentido realizado por el art. 114, CPen. Pero la ley procesal nueva va más allá por cuanto lo impone también para el querellado que resultare absuelto, a costa del querellante que en ese caso es el vencido (mismo art. cit.).

h) Tal es la especialización alcanzada en orden a los procesos por delitos de acción privada, que si bien por el tipo de pena con que se los reprime, la que podría estar encuadrada en los incs. 1° y 2° del art. 27, abriendo competencia al juez correccional, la ley no lo dice concretamente, sino que en el art. 415 al referirse al juez ante quien debe ser deducida la querella, dice que lo será ante el "*tribunal que corresponda...*", fórmula que hace pensar en que se deriva la determinación a la ley orgánica de tribunales. Sancionada ella bajo el número 24.050 *no prevé este punto* —art. 23— por lo que hay que determinar la competencia correccional por la naturaleza y monto de la pena (art. 27, incs. 1° y 2°, CPP) [1].

[1] *Competencia*

1) Correccional. Delitos contra el honor. Pena

a) La gravedad que el legislador atribuye a un tipo penal, surge de la pena que se ha fijado para el mismo, y en el caso de los delitos previstos por los arts. 109 y 110, CPen. al no superar la escala penal los tres años de prisión, se está en presencia de un delito correccional.

d) Proceso especial. Juicio abreviado

A. CONCEPTO. CARACTERES. TRASCENDENCIA

En mayo de 1997 el Congreso de la Nación sancionó (ley 24.825) una reforma al Código Procesal Penal nacional por la que introdujo en su sistema una nueva clase de proceso especial, al que rotula "juicio abreviado". Y lo hace bajo dicho acápite, como integrante del también nuevo Capítulo IV, del Título II de su Libro III, ordenado como art. 431 bis, en el que el contenido regulador se reparte en ocho incisos.

El alcance de su *especialización* es muy amplio por cuanto abarca un vasto sector de la etapa de instrucción y elimina la totalidad de la del *juicio*. Pero hay más aún, por cuanto el nuevo instituto trasciende a la naturaleza misma del objeto procesal al que convierte en gran medida en disponible, en razón de que se autoriza, como núcleo mismo del nuevo ordenamiento, que la parte acusadora oficial (agente fiscal) pueda encaminar tratativas durante la instrucción y finalmente acordar con la defensa un verdadero contrato procesal.

Dicho acuerdo permite disponer del proceso en lo que hace a todo el trámite de cierre de la etapa sumarial, que aparece totalmente adaptada a la nueva forma. Y suma a ello, como ya adelantamos, la total eliminación de la del juicio y con ella todo el estadio "debate" con lo que él implica en orden a controversia y prueba; es decir, el verdadero juicio.

Pero ello se debe a que con dicho acuerdo, sobre la base de una incuestionable medición de fuerza procesal cumplida en forma adelantada, el agente fiscal se aviene a concretar un pedido de pena inferior, pero de se-

---

b) La expresión "tribunal que corresponda" utilizada por el art. 415, CPP no está referida a un tribunal oral en lo criminal, sino a un órgano de la administración de justicia, que puede ser tanto un tribunal colegiado como unipersonal, y la determinación del tribunal que debe conocer debe basarse en los principios generales reguladores de la competencia, y no en una interpretación "arbitraria" de los términos elegidos por el legislador.

Trib. Oral nro. 2, 16/11/1992, "Malato, Stella, M.", causa 49.

Igual sentido: Trib. Oral nro. 2, 20/10/1992, "Vigil, Aníbal", causa 10.

2) Competencia por la materia. Delitos de acción privada. Justicia correccional

Corresponde al juez correccional, y no al tribunal criminal, el juzgamiento de las causas por delito de acción privada, conforme lo dispuesto por los arts. 27 y 34, CPP y la exposición de motivos del doctor Ricardo Levene (h), en su proyecto del Código Procesal.

Trib. Oral nro. 2, 20/10/1992, "González, Ana M.", causa 8.

Igual sentido: Trib. Oral nro. 1, 4/11/1992 y 10/11/1992, "Lento, R. E.", causas 39 y 47; causa 52, "Cruces, R.", 13/11/1992; causa 43, "Sosa, J. C.", 6/11/1992 y causa 54, "Kon, A.", 16/12/1992.

gura imposición, a cambio de la aceptación por parte de la defensa tanto de la realidad del hecho como de su responsabilidad, incluyendo la respectiva calificación legal, todo lo cual lleva como de la mano a suprimir la ya innecesaria discusión y prueba sobre tales extremos propias del debate. La sentencia llega así, sustentada en las constancias acreditantes de la instrucción.

Lo importante en lo que hace al comentario que hacemos con relación al casi extinto carácter de indisponible del objeto es que con el nuevo instituto, las partes dispusieron del proceso y de la pena.

Todavía más: la parte querellante, como simple adherente acusador, no tiene más intervención que la de expresar su irrelevante opinión. Paralelamente a esta situación se encuentra la del actor civil, cuya acción, ya concretada en la demanda, no será resuelta en sede penal, sino únicamente si sobre ello pactare con el demandado.

Lo expuesto lo asentamos respecto de lo que llamaríamos "especialización del proceso" pero lo separamos expresamente de lo que consideramos un error sistemático en la regulación en cuanto concluye distorsionando el ritmo procesal respecto de situaciones sobre las que habría operado la perención.

B. El nuevo régimen legal

a) Concepción y nacimiento de la idea pactante

La ley permite al agente fiscal concebir su idea de pactar desde el inicio mismo del proceso; más, diríamos que puede ser desde el momento del requerimiento de instrucción, en cuanto se formule una calificación provisoria del hecho que lo torne viable.

Pero no puede mostrar su concepción sino a partir de cierto grado de evolución del proceso, que es el indicado por el acto de aceptación del cargo del defensor designado al imputado. Es de allí en más que el acusador público podrá recibir en audiencia al imputado y su defensor, de lo que dejará constancia en autos, pero sin exponer la tratativa (art. 431 bis, inc. 2°, párr. 2°).

El nacimiento del pacto gestado entre acusador y acusado, tiene oficial alumbramiento en el preciso momento en que, por conferida la vista de mérito al agente fiscal (art. 346), éste emite su requerimiento de elevación a juicio en los términos del art. 347, inc. 2°, ajustado a los recaudos impuestos en la última parte de dicha norma, con más la particularísima nueva y concreta exigencia de que su libelo incluya expreso pedido de pena, cuyo monto máximo insalvable, en caso de pena privativa de libertad no puede exceder de menos de seis años (un día, por lo menos, inferior). Esta exigen-

cia impuesta por la ley en pos de procedencia no cambia aun cuando dicha pena prevista sea acompañada, como conjunta, por una no privativa de libertad o sólo fuere de esa naturaleza. Es en este momento y con estas expresas condiciones —acusación y pedido de pena— cuando se debe formular el pedido de abreviación del juicio.

Y es también en ese momento cuando se debe acompañar la conformidad del imputado asistido por su defensor sobre la existencia del hecho y la participación de aquél, descriptas en el requerimiento de elevación a juicio y la calificación legal recaída (art. 431 bis, inc. 2°, párr. 1°).

Este momento específico y obligatorio de formulación de la solicitud es absoluto para la competencia correccional, en tanto que para la criminal el acuerdo podrá también celebrarse durante los actos preliminares del juicio, hasta el dictado del decreto de designación de audiencia para el debate (arts. 359 y 431 bis, inc. 1°, párr. 2°).

Sólo es viable el acuerdo si abarca todos los delitos conexos insertos en la causa y si se extiende a todos los procesados (arts. 431 bis, inc. 8°, CPP).

b) Tratamiento procesal de la solicitud

Tras tal presentación de solicitud y conformidad, el juez las elevará, *sin otra diligencia*, al tribunal de juicio.

Tal mandato legal no aclara el tratamiento que previamente debería conferirse a esa petición hasta arribar a la emisión de un decreto o auto de clausura de la instrucción, que claramente precluye dicha etapa, con pleno goce de bilateralidad y defensa de todas las partes.

Nótese que conforme lo estatuye el art. 93, CPP, el actor civil deberá concretar su demanda dentro de los tres días de notificado de la resolución prevista en el art. 346 del mismo ordenamiento por la que se convoca a la parte querellante y al agente fiscal para que se expidan sobre el mérito de la instrucción, con miras a su clausura.

Nótese también que las partes citadas precedentemente deben expedirse en vistas sucesivas y en el orden en que se las ha enumerado, con ajuste estricto al término que se les confiere al efecto. La perentoriedad de este lapso impone, tanto para el actor civil como para el querellante, la pérdida del derecho de expedirse en el futuro; siendo para el primero mucho más severa dicha norma por cuanto expresamente establece que se lo tendrá por desistido cuando no concrete la demanda en el término legalmente conferido y que tal desistimiento importa renuncia de la acción civil.

Tal situación procesal advenida antes de ninguna expresión objetiva y específica de solicitud de "juicio abreviado", obliga al actor civil a expe-

dirse con ajuste a las reglas del juicio común con la total amplitud y minucia impuesta para la promoción de demanda. No puede amainar en pos de tratativa con el demandado, por cuanto no hay aún en autos elemento alguno que dé pie para ello.

Lo mismo le va a pasar a la parte querellante en su rol legal y respecto de su pretensión punitiva.

Pero es después de ellos que adviene la oportunidad de intervención para el agente fiscal y es en ese momento en el que debe formular la solicitud de "juicio abreviado" (arts. 346, 347, inc. 2°, y 431 bis, incs. 1° y 2°). Es esta solicitud la que por el acuerdo que encierra, tanto respecto del monto de pena requerido, como en orden a la aceptación, conformidad y fijación de los hechos y responsabilidad del acusado y su consiguiente calificación legal, cambia toda la cara del proceso expresada hasta ese momento y respecto de la cual no pudieron expedirse ni el actor civil ni el querellante.

Esta última falta de oportunidad y posibilidad de adecuación es la que fundaría la prevención legal que reza: "...si hubiera querellante, previo a la adopción de cualquiera de estas decisiones, le recabará su opinión..." la que no será vinculante (art. 431 bis, inc. 3°, *in fine*).

No adopta la ley idéntico saneamiento con relación al actor civil si lo hubiere, aunque admite la posibilidad de un acuerdo con el demandado, sin señalar igual oportunidad que la otorgada al querellante. Tanto el imputado demandado, como el tercero civil responsable son dejados de lado (art. 431 bis, inc. 7°).

c) Apartamiento del trámite de clausura común

Según las reglas del proceso común, los dictámenes de los acusadores (demanda, querella y fiscal) deben ser trasladados en vista al imputado, tanto como acusado como demandado civil, al igual que respecto del tercero civilmente accionado. Y ellos tienen la posibilidad de contestar cada requerimiento, trabando así una suerte de litis. Tras ello adviene la clausura (arts. 101, 349, 3650 y 351, CPP).

Pero es el caso de que si tales vistas se operaran normalmente, la expedición de las respectivas contestaciones lo serían respecto del acuerdo propuesto por el agente fiscal y si lo aceptaran el contenido de sus dictámenes, por distorsionado con relación al objeto del proceso común, en caso de no aceptarse la propuesta por el tribunal oral, dejaría sin cubrir la defensa. Se debería, en ese supuesto negativo del acuerdo, devolver el proceso a la etapa instructoria para completar la defensa con ajuste al proceso común, lo cual violaría el principio de preclusión: instrucción clausurada.

Ello se debe a que la ley en su art. 431 bis, inc. 3°, dice que "...el juez elevará la solicitud y la conformidad..." al tribunal de juicio, *sin otra diligencia*. Borra así toda vista común, incluso las resoluciones de clausura legalmente posibles y que se sustentan, como sus presupuestos, en dichas vistas (arts. 350 y 351, CPP). Esa elevación de la solicitud y su conformidad que manda la ley, implicaría *de facto* una clausura instructoria de carácter tácito no regulada por la ley. Este tránsito de etapa a etapa procesal opera, con su impulso, una clausura *extra lege,* perimiendo la pasada.

d) Actitud jurisdiccional ante el pedido de juicio especial

De cualquier modo, llegadas las actuaciones al tribunal de juicio, éste debe concentrar su inmediata actividad a, previo tomar conocimiento de vista del imputado al que escuchará si éste quiere hacer alguna manifestación, resolver si acepta o rechaza la solicitud de "juicio abreviado".

1) *Si lo acepta*: llamará "autos para sentencia" (reaparición del instituto del Código viejo), la que deberá dictarse en un plazo máximo de diez días.

Dicha resolución deberá fundarse en las pruebas recibidas durante la instrucción y en la admisión tanto del hecho como de la responsabilidad legalmente calificadas, que se hicieron al momento de emitir tanto el dictamen fiscal, como la conformidad de la defensa (arts. 431 bis, incs. 2° y 5°, CPP). Y con total respeto por el convenio procesal que ello implica, la sentencia —regulada por el art. 399— no podrá imponer una pena superior o más grave que la pedida por el Ministerio Fiscal.

Esta absorción de la totalidad y única prueba posible fundante de la sentencia, proveniente de la instrucción con ajenidad total de la etapa de juicio, es la que señala la "disidencia total" opuesta a esta reforma por el senador Pedro Guillermo Villarroel, como retorno a un sistema antiguo que trata de superar con el nuevo Código actualmente vigente, a la par que señala la forma en que la sistemática regulatoria del "juicio abreviado" aprobado, lesiona el derecho de defensa en juicio.

Dicha sentencia no resolverá sobre la acción civil reparatoria promovida en la causa. Queda salvado el derecho del actor de deducirla en sede civil. Excepcionalmente dicho pronunciamiento se expedirá sobre tal acción, cuando a su respecto las partes hayan concluido un acuerdo positivo al respecto.

Pero para el supuesto de que la sentencia no incluyera la parte civil del reclamo, pero que la fundamentación y extensión de la consideración respecto de la parte penal pudiere influir sobre el resultado de una reclamación civil pos-

terior, la ley concede a los que fueron admitidos como partes civiles el poder interponer el recurso de casación (art. 431 bis, inc. 7° *in fine*, CPP).

En lo que hace al régimen del recurso de casación contra la sentencia penal, se impone la regulación común.

2) *Si no lo acepta*: fundará su rechazo de juicio especial en auto específico en el que invoque que no se ha alcanzado con lo ya actuado el conocimiento necesario de los hechos, por lo que es indispensable la etapa del juicio para lograrlo; es decir, proceso insuficiente. O, en su caso, podrá sustentarse en su discrepancia —también fundada— con la calificación legal admitida; es decir: cuestionamiento concreto del monto de pena previsto como base para la solicitud y acuerdo.

Apartada la posibilidad de "juicio abreviado", se procederá según las reglas del procedimiento común, a partir de las previsiones de los arts. 354 y 405, según se trate de proceso por delitos criminales o por correccionales.

En tal caso, la conformidad prestada por el imputado y su defensor no será tomada como indicio en su contra, ni el pedido de pena formulado vincula al fiscal que actúe en el debate.

Por cierto que si el tribunal emite su opinión en el sentido negativo, al fundar el rechazo de juicio abreviado, inhabilita su imparcialidad futura en la apreciación de los extremos en que se apoya su resolución, extremo por el cual la ley manda que provea remitiendo la causa al tribunal que le siga en turno (art. 431 bis, inc. 4° *in fine*, CPP).

e) Conclusión

En síntesis, la idea básica que lidera la estructuración e implantación del nuevo instituto la estimamos buena y de importancia para la solución de los problemas a que se aplica. Mas, en función de las observaciones que hemos formulado, consideramos que su regulación formal, tal como se encara en la ley, es por lo menos oscura y se presenta como prescindente de actos indispensables para la conformación del debido proceso para las partes y el ejercicio de sus derechos.

III. Proceso especial. Delito de secuestro extorsivo

1. La realidad

La realidad delicuencial actual ha agregado en nuestro país una forma caótica y socialmente muy peligrosa que se extiende cada vez más. Es el secuestro extorsivo; consistente en la privación violenta de libertad, en la que

se toma a la víctima como rehén, con amenaza de muerte o lesiones, para requerir de su familia o allegados el pago de un rescate en dinero y objetos de valor. Ha habido casos sanguinarios que se han coronado con la muerte para evitar la posterior identificación de los secuestradores, y/o mutilaciones (orejas, dedos) y remisión de la pieza humana resultante a los exigidos de pago como forma de coerción.

Surge de lo que antecede que este ilícito, al igual que cualquier otro, es un hecho imputable a un sujeto, extremos éstos que constituyen, como objeto procesal, la materia de un proceso que, como instrumento de conocimiento, tiene como finalidad aplicar al caso concreto la penalidad que a su respecto instituye la ley penal.

De esta suerte son aplicables las regla que, como regulatorias del "proceso común", se prevén como generalidad sólo excepcionable en algunas de sus partes, según lo impongan las particularidades propias del objeto procesal concreto, lo que como especialización regulatoria, apartándose del común, origina los "juicios especiales".

En el secuestro extorsivo el núcleo crítico de la especialización reside en el enorme peligro en que se encuentra la víctima, en su calidad de rehén; lo que demanda la muy urgente e imperiosa liberación como forma de salvación. Ello supone localizarla, como también así a sus captores y lograr su rescate sana y salva. El resto del proceso no presenta ninguna demanda de especialización por lo que las reglas del "proceso común" son de estricta aplicación.

No obstante ello y sin decirlo, sin seguir la técnica del Código Procesal Penal (arts. 405/431), la ley 25.760 del 7 de agosto de 2003, con disposiciones adosables a distintos artículos de dicho Código, modifica profundamente no sólo lo que hace al recupero del rehén, sino todo el proceso en una suerte de juicio especial invasivo e innecesario, incluso creando una suerte de Poder Judicial *ad hoc* por cierto que inconstitucional, según nuestro criterio.

2. La ley 25.760

Amplía el art. 196 bis del CPP otorgando jurisdicción y competencia al Ministerio Público, excluyendo al juez en la investigación, en los siguientes términos: "En las causas en que se investigue alguno de los delitos previstos en los arts. 142 bis y 170 del CPen... aun cuando tengan autores individualizados, *la dirección de la investigacion quedará a cargo del Ministerio Público Fiscal desde el inicio de las actuaciones hasta la conclusión del sumario*, con noticia al juez competente en turno". Y a este respec-

to extiende al fiscal instructor la facultad "*de actuar en ajena jurisdicción territorial ordenando a las autoridades de prevención las diligencias que entienda pertinentes, debiendo comunicar las medidas dispuestas al juez del lugar...*", modificando en ese sentido el art. 132, CPP.

De este modo se le otorga al Ministerio Público Fiscal que con ajuste al art. 120, CN sólo tiene, como titular de la acción penal pública, la atribución de "*promover*" *la actuación de la justicia en defensa de la legalidad*, la función judicial que conforme al art. 108, CN es facultad excluyente del Poder Judicial, cuya atribución y ejercicio pone en cabeza de la Corte Suprema de Justicia y demás tribunales inferiores. Toda la estructura jurídica vigente, mientras se mantenga la vigencia de nuestras Constitución Nacional, rechaza esa ampliación hacia un Poder Judicial *ad hoc*.

Acorde con esa investidura judicial concedida al Ministerio Público, se le otorga también el poder de proceder a recibirle al imputado declaración indagatoria cuando se dieren los extremos de procedencia de tal instituto puesto en cabeza del juez como exclusiva (art. 210, CPP) para lo cual modifica, para ese caso, la prohibición del art. 213, inc. a), CPP.

La función judicial que criticamos completa su separación respecto del Poder Judicial, en cuanto con relación a la duración de proceso, modifica al art. 207, CPP, que la instituye con la posibilidad de que su término pueda ser ampliado para el juez, por la Cámara de Apelaciones; en cambio en el caso de este proceso a cargo del fiscal, éste puede pedir prórroga, pero, haciéndolo previa autorización del procurador general de la Nación de quien este instructor depende.

Completa el cuadro de penetración de la especialización en las reglas del proceso común, la facultad que se concede al fiscal para disponer, con el aval de su presencia, el allanamiento de lugares en que se sospeche fundadamente se encuentra la víctima de una privación ilegal de la libertad y corra peligro inminente su vida o integridad física. En realidad éste es el núcleo del problema y la razón de toda la especialización. Pero no era ella necesaria por cuanto el mismo art. 6° de la reforma cita el art. 34, inc. 7° del CPen., que es la legítima defensa de un tercero que, en este caso se ejercería por la policía o por un tercero cualquiera, y sería la justificante que tornaría en lícita la invasión típica; no es delito y puede hacerse. No era necesaria esa reforma.

Esta invasión de la intimidad se lleva también a cabo autorizando al fiscal a decretar por auto fundado la obtención de los registros que hubiere de las comunicaciones del imputado.

La reforma que comentamos completa su extensión en cuanto se invade también el resto del proceso, tanto en su instrucción, como en el juicio,

acortando términos o masificando la elevación a instancias superiores en vía de recursos. Ello no hace a la protección del rehén (motivo de la especialización), por cuanto en esas etapas se supone que ya ha sido salvado.

IV. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

a) Jueces de ejecución

El Código crea un nuevo órgano judicial que es el juzgado de ejecución, cuya competencia es la de hacer cumplir, y vigilar en su desarrollo, las penas y medidas de seguridad impuestas por resolución firme, pudiendo resolver por vía de incidente todas las cuestiones que se planteen en el curso de esa etapa punitiva.

El instrumento de su actuación, ante reclamo formulado por el fiscal o por el condenado o internado y su defensor, será, como ya se dijo, por vía de incidente. Éste se abrirá con el reclamo y de él se dará vista a la parte contraria y se resolverá en lapso no mayor de cinco días. De esta resolución se podrá recurrir sólo por casación, pero el otorgamiento del recurso no suspenderá la medida recurrida (arts. 490 y 491).

Por cierto que esta regulación no incluye el caso de la sentencia absolutoria, cuyo cumplimiento lo ordena de inmediato el tribunal de juicio, y practica todas las comunicaciones de ley. No hay motivo, de este modo, para la intervención del nuevo órgano ejecutivo.

Pero para el caso contrario, esto es: imposición de pena o medida de seguridad, la intervención del mismo es obligatoria.

La sistemática procesal se funda en dos núcleos: 1) Penas, en torno al cual regula lo que hace a la ejecución de cada una de sus clases, incluidas la libertad condicional y la condena de ejecución condicional; 2) Medidas de seguridad en su ejecución, vigilancia y cese.

b) Facultades: penas y medidas de seguridad

1) Penas

Respecto de cada una de ellas (art. 5°, CPen.), dictada y firme la sentencia condenatoria que la imponga, el mismo tribunal de juicio dispondrá que por secretaría se haga el cómputo de ley (art. 24, CPen.) y su resultado se notificará al fiscal y al condenado. Que pueden conformarse con él, o, en caso contrario, formular su oposición dentro de los tres días. Esta última dará origen a un incidente que se tramitará con vista a la otra parte y resolución dentro de los cinco días.

Firme el cómputo, ya por no cuestionado o por resuelto en definitiva, el mismo y la sentencia se comunican inmediatamente al juez de ejecución, para que respecto de cada pena controle su cumplimiento efectivo y resuelva por vía incidental todas las cuestiones que durante el período ejecutivo puedan suscitarse. Fuera de los casos de condena, en la mera suspensión del trámite procesal sujeto a condiciones (art. 293, CPP), vigila y controla el cumplimiento de las condiciones impuestas. Todo ello dentro del marco de respeto de los derechos y garantías que acuerda la Constitución Nacional (art. 493).

Estas facultades se regulan luego para cada pena. Y así *respecto de la privativa de libertad*, por capturado o por presentado espontáneamente, el juez de ejecución remite al condenado al establecimiento de cumplimiento de pena, con la remisión de copia auténtica de sentencia y cómputo al director de esa prisión. Lo mismo ocurre si esta última fuera provincial, pero se lo hará con pedido de colaboración a la provincia respectiva (arts. 494 y 498).

El inicio de la ejecución puede ser suspendido por el tribunal de juicio, en forma excepcional, cuando la mujer condenada estuviere embarazada o tuviere un hijo menor de seis meses al momento de la sentencia. O el condenado estuviere gravemente enfermo, y la ejecución penal pusiere en peligro su vida, con certificación oficial. Ambas suspensiones cesarán cuando desaparezca la causa generadora (art. 485).

Vigila el juez de ejecución la detención domiciliaria instituida por el Código Penal en su art. 10.

En cambio, si la enfermedad sobreviniere durante la ejecución, ella carecerá de poder para suspenderla y se proveerá por el juez de ejecución lo necesario para su atención dentro del penal o fuera de él en establecimientos sanitarios adecuados sin que ello implique suspender el cómputo de cumplimiento, salvo mala fe del condenado simulador (art. 497).

A la competencia del juez de ejecución dentro del área de la pena privativa de libertad se agrega la regulación de todo el trámite para la libertad condicional, en los términos del art. 13, CPen.

En este aspecto el Código recoge una vieja reglamentación de la Cámara del Crimen de la Capital Federal, en orden a la cual el pedido debe hacerse ante el mismo establecimiento en que se encuentra el penado, cuyo director deberá certificar la firma del peticionante; informar en su momento sobre el tiempo de cumplimiento de la pena; el respeto regular de los reglamentos carcelarios; concepto, educación laboral y todas las demás circunstancias que en favor o en contra del condenado puedan incidir en el juicio a emitir por el tribunal.

Con ese pedido se abre el incidente, en él se informa por el secretario sobre el cómputo de ley (art. 13, 1ª parte) y se certifican los antecedentes (Registro Nacional de Reincidencias) y con todo se corre vista al fiscal y al defensor (si lo hubiere, pues puede el preso designarlo). Luego se resuelve. Si es favorable, se establecen las condiciones para conservarla y se da intervención al patronato de ley (art. 13, inc. 5°, CPen.), no obstante que el tribunal haga su propia custodia y observación. Si es negativa, no puede volverse a pedir por seis meses, salvo que ello se deba a que no se había cumplido el lapso de ley para su procedencia (arts. 508 y 509, CPP).

Si hubiere incumplimiento de las condiciones de conservación de la libertad (art. 15, CPen.) el juez de ejecución de oficio o a petición del fiscal y con intervención del reo, en incidente abierto al efecto, dispondrá o la internación o suspensión de la cuenta de tiempo en libertad sobre el cómputo de la pena, según lo establecido por el citado art. 15, CPen.

Y también lo hace respecto del condenado en forma condicional, al que le puede revocar el beneficio (arts. 26 y 27, CPen. y 503, CPP).

Respecto de las penas de inhabilitación, tanto absoluta como especial, el juez de ejecución debe producir las comunicaciones a las autoridades que corresponda por ser ellas ante las cuales la actividad inhibida debe cumplirse (arts. 12, 1ª parte, 19, 20 ter, CPen. y 499 y 500, CPP).

Respecto de la pena de multa, si ella no fuere pagada dentro de los diez días de notificada la sentencia firme, el juez deberá por vía de incidente proveer a su cobro bajo las formas previstas a su respecto por los arts. 21 y 22, CPen.

Respecto de todas las penas —y no sólo para la privativa de libertad— la nueva ley más benigna (art. 2°, CPen.) debe ser aplicada por el juez de ejecución por vía de incidente, de oficio o a pedido de parte (art. 504, CPP).

Los jueces de ejecución cumplen también su función de contralor del legal cumplimiento de las penas privativas de libertad de más de dos años que hubieren sido impuestas a ciudadanos argentinos por jueces de un Estado extranjero que se rogare por ellos o por los mismos condenados o sus representantes, ejecutar en la República Argentina con ajuste a los regímenes, sistemas y regulación legal de nuestro país.

Dicha actividad le es delegada, ante la solicitud extranjera o del propio condenado, por el Ministerio de Justicia, tras su recepción diplomática, actuando según facultades que les confiere la ley 24.767 de Cooperación Internacional en Materia Penal (arts. 82/89) y se somete a los regímenes legales argentinos. Al Código Penal en lo que prevé respecto de este tipo de pena; al Procesal Penal en cuanto a la facultación procesal del juez de ejecución; y a la ley penitenciaria por el régimen que corresponda.

A ello debe agregarse, en el caso que nos ocupa, la obligación del juez citado de informar —vía Ministerio de Justicia y diplomática— al juez de la condena —que sigue siendo el extranjero— todas las alternativas del cumplimiento de la pena (ver art. 88, inc. c] citado).

Esta actividad de contralor se extiende asimismo, al cumplimiento de las condiciones a que el Estado extranjero sometió la condena de ejecución condicional que impuso, o a las que se somete la liberación condicional, y que ruega se cumplan en territorio argentino.

Ello es admisible sólo cuando tales condiciones no sean contrarias a las admitidas por la ley argentina.

El pedido —tanto para condenados argentinos como extranjeros— entra por vía diplomática, pasa al Ministerio de Justicia y éste delega el contralor en el Juez de Ejecución que, según los arts. 493, inc. 3°, y 505/510, Código Nacional Procesal Penal, es el competente para ello.

2) Medidas de seguridad

Referente a las medidas de seguridad curativas (u hospitalarias) y segregatorias previstas por el Código Penal en sus arts. 34, inc. 1°; 52 y 53, segundo y tercer párrafos, respectivamente, como así también a las protectoras pedagógico-progresivas instituidas por la ley penal especial penal de menores, la de estupefacientes y otras especiales, el juez de ejecución debe controlar su cumplimiento y evolución, resolviendo su cese cuando se produzca la recuperación en los términos de la ley de fondo, o modificando o reforzando su régimen cuando el resultado positivo no advenga, todo lo cual deberá proveer en incidente con intervención del fiscal y la de peritos que dictaminen sobre el punto (arts. 511 a 514, CPP).

c) Trámite y recurso

Toda cuestión planteada ante el juez de ejecución se tramita por vía de incidente formado al efecto, con el pedido del fiscal, el interesado y su defensor, con vista al contrario, y resuelto dentro de los cinco días. El único recurso interponible es la casación (art. 491, CPP).

Luce claro de todo lo expuesto, que el trámite encargado por la ley al juez de ejecución no es constitutivo de proceso, por cuanto no tiene objeto procesal alguno. Se trata de un mero trámite procedimental, con todas las garantías y por ello de él se puede recurrir a la casación.

V. Otros procedimientos especiales

Existían dentro del Código de Procedimientos viejo otros tres procedimientos especiales, que hoy en el nuevo Código no entran en su regulación específica, por lo que su tratamiento debe hacerse por vía de remisión a la ley especial de que se trate.

Ellos son:

a) Hábeas corpus

1) Concepto

Es un remedio jurídico de urgencia para proveer sin dilación alguna a la protección de la libertad individual afectada por resolución de funcionario o empleado público con violación de las formalidades legales.

No entra a juzgar si la conducta obstativa de libertad enrostrada al agente es delito o no, sino sólo si es ilegítima y, en su caso, hacerla cesar de inmediato. Si pudiere mediar en la actitud privativa asumida por la autoridad la posible comisión de un delito, su conocimiento y juzgamiento será materia específica de un proceso concreto que tendrá como objeto ese tema.

Por esa razón —ausencia de objeto procesal— el trámite de "hábeas corpus" no es proceso en el sentido técnico, sino sólo un procedimiento, con finalidad liberatoria.

Su carácter de urgencia, citado anteriormente, se pone de resalto en notas muy específicas, cuales son: a) no hay límite restrictivo alguno en orden a horarios de oficina para su promoción; se está de turno para ello durante las veinticuatro horas del día, incluidos los feriados; b) los términos procesales, el tiempo es vertiginoso: *inmediatamente, automáticamente, veinticuatro horas* es el común denominador de esta ley; c) se impone el emplazamiento como citación a la alzada para evitar toda dilación en notificaciones; f) se regula el recurso de consulta y su automatización ante la cámara de apelaciones, para evitar, también, pérdida de tiempo; g) se nuclea todo el trámite en una audiencia verbal para informe, presentación del beneficiario, prueba, alegaciones tanto de la autoridad en orden de procedencia de la privación de libertad, como de la defensa del beneficiario para demostrar su arbitrariedad e ilicitud.

Tras ello el juez resuelve y notifica. Todo casi en un solo acto. O mediando tramos sucesivos casi sin solución de continuidad.

De modo general y para fijar el concepto de este instituto, de inicio dijimos que él protege la libertad individual. También en forma general (lue-

go será desarrollado el tema en forma concreta) se señala que la lesión a la libertad personal es en cuanto se priva de ella, también se amenaza con hacerlo, de un modo actual e inminente ambas con invocación de causas comunes o políticas y asimismo cuando apartándose de las líneas de la ley, se agrava el régimen de privación de libertad legítimamente decretada, ya para procesados, ya para condenados, ya para seguridad de presos políticos por vía del estado de sitio.

2) Evolución en nuestro régimen legal nacional

El hábeas corpus fue introducido dentro de la normativa del Código de Procedimientos en Materia Penal, vigente desde 1887 hasta el 2 de septiembre de 1992. Es decir, se incorporó en el orden nacional a una ley de carácter formal, por lo que su vigencia y alcance institucional devino local. Por su parte, las provincias hicieron también lo mismo.

Profunda y constante fue la crítica doctrinaria enderezada contra este temperamento legislativo, tachándolo no sólo por su localismo, sino porque la naturaleza del instituto y su trascendencia demandaban una ley especial que conjugara el aspecto de fondo como ley para toda la República, con las formas procesales locales para la Nación y la posibilidad de una regulación genérica de pautas que permitiera a las respectivas jurisdicciones la reglamentación funcional específica conforme las modalidades de cada lugar.

Pero también, y ello es muy importante, el tiempo no transcurrió en vano porque la enorme experiencia recogida sobre todos los matices posibles, incluso, para burlar la finalidad de la institución, llevaron a adquirir firme conciencia, estructurar previsiones evitativas por un lado y de beneficio institucional por otro, que en su conjunto desembocaron en 1984 en la sanción de una excelente ley sobre la materia (23.098).

3) Sistemática de la ley 23.098

Se divide en tres capítulos, cada uno con su materia específica. Así:

a) El primero, bajo el acápite "Disposiciones generales", regula materia de fondo, es la *ley sustancial* de vigencia en todo el territorio de la República, tanto para la jurisdicción nacional como para las locales.

b) El segundo, titulado "Procedimiento", específico de *materia formal*, establece las reglas procesales a que debe ajustarse el trámite, el que precisamente por esa naturaleza es de validez jurisdiccional limitada a la competencia nacional (federal en todo el territorio y nacional local en la Capital Federal).

c) El tercero, rotulado "Reglas de aplicación", es meramente *reglamentario* en cuanto autoriza a los localismos jurisdiccionales —tanto de la Nación como de las provincias— a, en materia de turnos de tribunales, organismos de seguridad y registro de sanciones, dictar sus respectivas regulaciones de detalle, por acordada o reglamento para la justicia; por decreto para las fuerzas de seguridad. Pero todo, se repite, con vigencia sólo para la justicia nacional.

4) Normas de fondo (Cap. I, arts. 1° al 7°, ley 23.098)

a) En lo que hace a la aplicación de sus normas declara que tendrán vigencia en todo el territorio de la Nación, cualquiera sea el tribunal, nacional o provincial, que las aplique.

Pero plasmando aspiración de excelencia y amplitud de protección, permite que en su lugar puedan aplicarse normas de las constituciones de provincia o de leyes dictadas en su consecuencia, cuando se considere que ellas otorgan más eficiente protección de los derechos a que se refiere la ley nacional (art. 1°).

b) Para determinar, dentro de esa amplitud jurisdiccional de validez territorial, la particularización local de la competencia del juez que deba intervenir, la ley levanta el principio de que esa competencia estará determinada dentro del ámbito territorial que corresponda, a la justicia nacional o a la provincial, por la calidad nacional o provincial de la autoridad pública que produjo la pretendida privación ilegal de la libertad.

Para el supuesto de que tal calidad determinante no fuere conocida de inicio, la intervención judicial se producirá por cualquiera de esos tribunales conforme las normas comunes de la competencia y continuarán con el procedimiento hasta que de él surja la autoridad de que se trata. En ese momento las actuaciones serán radicadas en el tribunal —nacional o provincial— que corresponda (art. 2°).

La ley contiene una previsión muy particular en lo que hace al supuesto de que la privación de libertad haya sido producida privadamente; más concretamente: "que el acto lesivo" proceda de un particular.

Aparentemente esta previsión no tiene sentido en esta materia. Ello porque institucionalmente para que el hábeas corpus funcione, se lo prevé como remedio contra decisión de autoridad pública, que es la que puede cometer abusos partiendo de una base legal o supuestamente legal, a la que luego deforma.

Pero cuando se invoca la actividad de un particular en esa privación, él siempre va a llegar al funcionario público que decidió o decidirá. Si es

amanuense público, se llega a su jefe; si es particular que detiene como aprehensor al *in fraganti delicti,* necesariamente debe dar intervención inmediata a la policía o al juez, siendo este último el que decidirá siempre sobre la legitimidad de la detención y proveerá conservarla o hacerla cesar (arts. 287/284, incs. 1°, 2° y 4°, CPP).

Si hubiere alguna ley que confiriere a un particular la posibilidad de producir privaciones de libertad como las previstas por la ley de hábeas corpus, seguro que tal norma sería inconstitucional.

Fuera de esos posibles casos que llamaríamos "semipúblicos", toda otra actuación en la analizada privación de libertad a cargo de un particular sería constitutiva del delito de privación de libertad en alguna de sus formas posibles, y su receptáculo legal no sería otro que el del Código Penal.

c) En lo que respecta a la procedencia de este remedio legal extraordinario que es el hábeas corpus, la ley se detiene especialmente en la *especificación* de las causales cuya presencia tornan viable la acción.

Esa enumeración, que es taxativa, que agota todas las posibilidades, es en verdad el núcleo del sistema.

Procede promover hábeas corpus cuando se denuncie un acto u omisión de autoridad pública que implique:

1) Limitación o amenaza actual de la libertad ambulatoria sin orden de autoridad competente (art. 3°, inc. 1°, ley 23.098).

Comprende la forma de privación de libertad ya efectivizada, lo que da base para que el hábeas corpus para cesar esa situación, sea recuperatorio.

Comprende también el caso de libertad amenazada, es decir el peligro de su cercenamiento. Peligro al que a su vez se le exige sea actual. Con su promoción, el hábeas corpus, en este caso aspira a evitar se siga adelante, por lo que se rotula como *preventivo.*

2) Comprende asimismo un aspecto muy importante que en el orden de privación de libertad no hace ya al hecho de quitarla o amenazarla, sino sólo a la ya dispuesta en forma legítima (ya provisoria para el curso del proceso, ya definitiva para el caso de sentencia) cambiarle en agravación la forma y condiciones en que reglamentariamente se debe cumplir. Se da así una forma de privación de libertad en el *plus* en cuanto, en ese trozo, el cercenamiento carece de base legal. Esta forma de hábeas corpus es la que se rotula como *correctivo.*

Como se ve, esta forma lleva en sí inserta la intervención previa de un juez que en un proceso es el que ordenó la medida privativa de libertad (el de instrucción o de juicio, si es en el curso del proceso; el de ejecución, si ya se condenó) que es la que luego se altera; él es el juez de la causa. Pero ello no obsta a que por ante el juez competente se promueva el hábeas cor-

pus, se provea y se resuelva en él. Todo sin perjuicio de que el juez de la causa pueda ejercer sus facultades propias (art. 3°, inc. 2°, ley 23.098).

3) La ley de hábeas corpus completa el cuadro de causales de su procedencia cuando recoge en la letra del art. 4° una previsión muy especial e importante que es la síntesis de la aspiración de evitar atropellos que signaron nuestra historia durante mucho tiempo.

Es la que gira en torno a la facultad constitucional de decretar el estado de sitio prevista por el art. 23, CN, y en su función ordenar la privación de libertad de una persona (art. 4°, incs. 1°/4°, ley 23.098).

Dentro de este campo la ley prevé las siguientes causales:

3.a) *Legitimidad* de la declaración del estado de sitio en sí misma: es la primera previsión legal y se refiere al hecho de que él esté efectivamente referido a las causales a que remite la Constitución Nacional. Ese contralor de legitimidad de procedencia estaba vedado a los jueces por una vieja jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que excluía en totalidad el contralor jurisdiccional de procedencia de su dictado.

Fueron muchos los atropellos a la libertad individual, que se veía coartada dentro del marco de un estado de sitio impuesto mañosamente y sin fundamento por el poder político, como creando la oportunidad para poder detener a las personas que, por una razón u otra, podían ser un obstáculo para la línea de gobierno de ese momento y del gobernante que esa arbitrariedad usaba.

Mediante la previsión legal actual, el Poder Judicial en el trámite de hábeas corpus, puede hoy, analizar la procedencia política del estado de sitio impuesto, en función de la libertad individual concretamente cercenada con su invocación. Y declarar su improcedencia por no estar dados los extremos del art. 23, CN y disponer por ello la libertad del detenido.

3.b) *Correlación* entre la orden de privación de libertad y la situación que dio origen a la declaración del estado de sitio: es lo que, salvada la procedencia de la declaración de éste, puede hoy analizar el juez. Si, por la falta de correlación, entre la causa y el efecto, se concluyera que el instituto jurídico sólo fue usado para fines espurios y producir una privación de libertad sin causa legítima, el hábeas corpus es procedente.

3.c) *Agravación ilegítima* de la forma y condiciones en que se cumple la privación de la libertad, lo que no es sino la repetición, para este tipo de detenidos políticos, de la regla general ya analizada para los presos en general.

Lo que pasa es que en este caso la ley impone además una prohibición terminante en cuanto manda que en ningún caso este tipo de detenidos podrá ser alojado en establecimientos destinados a la ejecución de penas.

3.d) *Derecho de opción*: es el que la Carta Magna (art. 23) acuerda al detenido político por el estado de sitio, para elegir quedarse privado de libertad dentro del país y en el lugar que el poder político le asigne; o en su caso, salir hacia el extranjero recuperando su plena libertad, menos la de reingresar durante la vigencia del estado de sitio.

Rica es nuestra historia en casos (al igual que los referidos a los supuestos que preceden al presente) en los que el poder político ignoró los pedidos de opción, por lo que para cortar definitivamente ese abuso, se incorporó como causal del hábeas corpus la denegación de la opción comentada.

d) Sujetos facultados por la ley para hacer denuncia de hábeas corpus.

Ellos son los propios interesados por ser los titulares del bien conculcado en las formas y oportunidades que la ley prevé como causales de procedencia.

Por ello es que se reconoce facultad para hacer la denuncia, al damnificado y a su apoderado. Pero aún más, porque también se reconoce dicha facultad a cualquier otra persona en favor del damnificado (art. 5°).

Esta facultad y la forma de su ejercicio están reguladas, en concordancia, por la ley en la parte del Capítulo III que se refiere al procedimiento.

e) Inconstitucionalidad. Se introduce en la nueva ley la posibilidad que se reconoce al juez de poder declarar en el caso concreto, la inconstitucionalidad de toda norma que atribuya facultades para emitir orden escrita limitativa de libertad a persona o funcionario que no sea el específicamente previsto y regulado por la Constitución Nacional.

Esa declaración judicial de inconstitucionalidad se efectuará de oficio (art. 6°).

Nótese la necesidad de cumplir aquí una distinción. Cuando se regula el instituto de hábeas corpus se habla siempre de privación *ilegítima* de libertad; es decir de privación contraria a la ley. Pero en el presente caso la orden es legítima, es ajustada a la ley que la autoriza y regula. Lo que ocurre es que en esa situación es la ley misma la que resulta espuria por repugnante a la letra de la Constitución. En última instancia se trataría también de una ilegitimidad, pero referenciada a la ley suprema.

f) Carácter de la resolución que se dicta en el hábeas corpus. Se completa el conjunto de previsiones sustanciales incluidas en el Capítulo I de la ley, con la que, terminando con una antigua cuestión de aparición cíclica y retardataria, califica como sentencia definitiva la resolución que dictada por los tribunales superiores pone fin al hábeas corpus.

Tal previsión se lleva a cabo dejando constancia de ello en la letra de la ley (art. 7°) a los efectos de dar por cumplida dicha exigencia para la procedencia del recurso extraordinario que se hubiere deducido en su contra.

5) Normas de forma para la justicia nacional. Régimen procesal del hábeas corpus

Fuera de la sistemática de la ley, pero con único y exclusivo propósito expositivo analítico del procedimiento especial que ella regula, dividiremos su desarrollo en tres etapas sucesivas, que en similitud con el juicio oral del Código Procesal Penal de la Nación, serían:

A) *Instrucción*, en la que el juez recibe la noticia a través de la denuncia y, en su función, sumarísimamente produce acopio del material legalmente necesario para conocer del hecho tachado de ilícito.

B) *Debate*, el que se desarrolla en una audiencia oral continua, que se abre con la presencia de las partes implicadas, con la lectura de la denuncia y del informe que debe producir el funcionario imputado de haber producido la detención ilegal; se da oportunidad para que denunciante e informante aleguen exponiendo sus razones. Se da oportunidad de producir prueba. De todo lo actuado se dejará constancia en acta.

C) *Decisión*, que tras el cierre de la etapa anterior, inmediatamente dictará el juez, leyéndola en el acto para notificación de las partes.

Como el sistema admite la segunda instancia por ante la Cámara de Apelaciones, el pronunciamiento del juez será recurrible por vía de apelación. La ley regula el procedimiento ante la alzada.

A. PRIMERA ETAPA: INSTRUCCIÓN

Competencia. Bajo el acápite "Procedimiento", la ley 23.098, en su Capítulo II, regula la forma de tramitar el hábeas corpus en sede nacional únicamente por ser ésta, materia exclusiva de las respectivas jurisdicciones. Se alinea en esta ley, así, al lado de la parte sustancial válida para todo el territorio de la República, tanto para la justicia nacional como para la local, toda la parte regulatoria instrumental.

Pero esto último es aplicable sólo, como se dijo, a la competencia nacional en su forma federal en todo el territorio o a la local de la Capital Federal, llamada también justicia común.

Concordado con el mandato del art. 2° que sienta el principio determinante de competencia, fincado en que ella se fija según el acto lesivo emane de autoridad nacional o provincial, el art. 8°, refiriéndose al primer tipo de autoridad, establece que conocerán de los procedimientos de hábeas corpus:

1) En la Capital Federal los jueces de primera instancia en lo criminal de instrucción.

2) En territorio nacional o provincial, los jueces de sección, según las reglas que rigen la competencia territorial.

Éstos no son sino los jueces federales o especiales como hoy los denomina la nueva ley procesal penal nacional.

Para ellos el territorio nacional se extiende en totalidad sin distinciones ni límites provinciales, sin parcelamiento político, dividiéndose en quince secciones. Cada una de ellas viene a ser un "territorio judicial" que abarca todo el tema de carácter penal que haga a la competencia federal por la materia, el territorio y las personas.

El hábeas corpus se encuentra pues, en su caso, dentro de esa competencia federal en la sección que corresponda territorialmente.

Denuncia. Concepto. Formalidades. Tribunal competente. El acto por el cual se lleva la noticia al órgano jurisdiccional de la existencia de una lesión ilegítima a la libertad de una persona, y se pide su urgente reparación, recibe en la ley el nombre de "denuncia de hábeas corpus".

Ella puede ser formulada por escrito o en forma oral, en ambos casos ante el secretario del tribunal interviniente, el que siempre deberá comprobar inmediatamente la identidad del denunciante; procedimiento que aun que pueda demorarse por dificultoso, no entorpecerá el trámite urgente del hábeas corpus en sí.

Esta denuncia puede llevarla a cabo tanto el propio interesado como un tercero en beneficio de aquél.

La ley impone una serie de datos que debe contener la denuncia.

1) Por cierto, individualizar con nombre, apellido y domicilio al denunciante.

2) Si no fuere el propio interesado, nombre, apellido o individualización precisa, domicilio o lugar en que se encuentra detenido o viviendo el detenido o amenazado en su caso.

3) Individualizar la autoridad autora de la lesión a la libertad, señalando en qué consiste la ilegitimidad.

4) Encuadrar la situación en la causal que corresponda para su procedencia.

5) Firma.

Para la recepción de esta denuncia no hay limitación horaria alguna. Todos los días y a toda hora, ambos hábiles o inhábiles, permanentemente está el tribunal de turno. En la Capital Federal el juez de instrucción correspondiente a las veinticuatro horas del día. En lo federal permanentemente el mismo juzgado que corresponda territorialmente. En ambos casos debe exhibirse en cartelera visible del tribunal, policía y demás autoridades y de-

pendencias que trabajen con el tribunal el turno completo. Incluso publicarse en los diarios.

Tratamiento. Presentada que sea la denuncia, el juez proveerá de inmediato lo que corresponda, dándose a este respecto tres posibilidades:

1) Que la *desestime* por no ser la causal invocada para fundarla ninguna de las previstas en la ley.

Surge casi una suerte de *saneamiento jurisdiccional* ejercido desde el inicio mismo para evitar trámites inútiles dada su carencia de sustento legal.

2) Que se *declare incompetente* para entender en el mismo, ya por la naturaleza nacional o provincial de la autoridad de la cual emane el acto lesivo (art. 2°), ya porque el lugar en que la lesión a la libertad se haya producido sea extraño a la competencia territorial del tribunal receptor (art. 8°).

3) Que la *estime procedente* y, aceptando la denuncia, decrete el trámite a seguir ordenando las medidas de ley. Esto es lo que se llama *avocamiento*.

Si se diere el caso de cualquiera de los dos supuestos primeros (desestimación e incompetencia) es incuestionable que ello causa agravio al promotor y, dado el régimen de doble instancia, se le debe reconocer el derecho de recurrir a la alzada. Pero todo el trámite del hábeas corpus está dominado por su vertiginosidad; no se puede perder tiempo alguno; el bien jurídico protegido se opone a ello.

Para evitar dilación derivada del tiempo que demanda la notificación de la resolución agraviante; el lapso mínimo para interponer el recurso; el arribo a la alzada y las notificaciones correspondientes; para evitar todo ello, se repite, y para no dejar sin contralor de procedencia el proveído, la ley instituye a este respecto la "consulta". Ella consiste en que es la ley misma —la ley, se repite— la que recurre en todos los casos. Dictada la resolución negativa, el juez inmediatamente de oficio elevará a la cámara de apelaciones las actuaciones, para que ella decida en definitiva, para lo cual se le concede un término máximo de veinticuatro horas (art. 10).

Si la Cámara confirmara la desestimación, todo el trámite termina y, volviendo al juzgado, las actuaciones se archivan.

Si por el contrario la Cámara revocara la desestimación, dispondrá la continuación del trámite y de inmediato le devolverá las actuaciones al juzgado de origen. Éste inmediatamente, conforme con lo resuelto, se avocará y dictará el decreto ordenando las medidas de ley: auto de hábeas corpus.

En lo que hace al supuesto de incompetencia declarada por el juzgado de origen, recurrido en consulta ante la Cámara, si ésta confirma la declaración de incompetencia, las actuaciones se remiten de inmediato al tribunal que deba intervenir. Pero en el caso de que revocara, notifica por tele-

grama al juzgado de origen, el que debe continuar de inmediato el trámite, que no es sino el "avocamiento", con libramiento del auto de hábeas corpus.

Lo que no puede hacer el juez, en ningún momento, es rechazar la denuncia por defectos formales. Debe proveer de oficio a la subsanación de los mismos y proceder. Si por tales defectos hubiere algún responsable se le podrá imponer sanciones (ver art. 10).

Auto de hábeas corpus. Es el *núcleo de la dinámica* de este procedimiento especial que tiende a asegurar la libertad contra arbitrariedades de autoridades públicas.

Se advierte de inicio que no es la resolución final por la que el juez se expida sobre la legitimidad o ilegitimidad de la privación de libertad y disponga o no la libertad del lesionado.

Es sólo el acto jurisdiccional por el que, en función de amparo, se ordena al funcionario sindicado que presente a la persona detenida —en el caso del hábeas corpus recuperatorio—, explique las razones de la detención, o de la amenaza de detención —en el caso del preventivo—, o del cambio de régimen carcelario —en el del correccional—, o de denegatoria de la opción para salir del país en el caso de la detención en vigencia del estado de sitio.

Se le exige también que en el caso de haber actuado en cumplimiento de orden de detención acompañe la misma con su informe, presentándola al tribunal.

Históricamente se presentó en nuestro país, en casi todos los tiempos, el caso de que el funcionario público sindicado como autor de la privación de libertad o su amenaza, contestara al mandamiento que el detenido no estaba ya bajo su custodia porque había sido trasladado por autoridad superior. Para ese caso la ley prevé hoy la obligación del requerido de informe que indique concretamente qué autoridad dispuso el pase o transferencia, a cargo de qué autoridad está hoy el detenido, cuál fue la causa de esa actitud y en qué oportunidad se efectuó dicha transferencia. Y para el supuesto de que no se conociera aún por el tribunal cuál es la autoridad responsable de todo esto (detención, alojamiento, traslado, causas), todo el trámite de este auto de hábeas corpus se debe cumplir por ante la jefatura superior de la autoridad que la denuncia indique.

Este mandamiento de hábeas corpus debe ser emitido por escrito, con expresión de fecha y hora, satisfaciendo con esta exigencia temporal la demanda institucional de velocidad que la anima e impone el tipo de bien que se está protegiendo.

Excepcionalmente puede ser *oral.* Es el caso en que el juez estime necesario constituirse personalmente en el lugar de detención. En este su-

puesto, portando él mismo la jurisdicción y emitiendo la orden sin intermediación, lo único que la ley le exige es que el secretario refrendante deje constancia en acta.

Hábeas corpus de oficio. Excepcionalmente el hábeas corpus puede ser promovido y tramitado de oficio, en cuyo caso lo explicado hasta ahora debe sufrir un ajuste adaptativo.

Ello se da cuando un tribunal o juez de jurisdicción competente tenga conocimiento por prueba satisfactoria de que alguna persona es mantenida en custodia, detención o confinamiento por funcionario de su dependencia, o inferior administrativo, político o militar, y que es de temer sea transportada fuera del territorio de su jurisdicción o que se le hará sufrir un perjuicio irreparable antes de que pueda ser socorrida por un auto de hábeas corpus.

Nótese que es una previsión de urgencia, que, incluso, deja de lado al hábeas corpus común, porque llegaría tarde. No basta que la detención sea dentro de su jurisdicción y que se ejecute por dependientes judiciales o administrativos, políticos o militares. Es necesario, además, que medie el peligro de que se sustraiga al detenido o que se le haga sufrir lo que luego no pueda ser reparado.

La separación del régimen del hábeas corpus común reside en que la denuncia es sustituida por un acta (cabeza de actuación) en la que el propio juez deja constancia de su conocimiento de la lesión grave a la libertad de la persona que debe individualizar y señalar todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo en que ello ocurre, dejando constancia de los elementos de juicio que avalen la noticia en forma satisfactoria.

Si bien la ley no dice nada respecto de esta acta, es ineludible su confección a los efectos de dejar perfectamente fundado este tipo de procedimiento.

Sobre la cabeza de actuación que implica el acta, el juez expide de oficio el auto de hábeas corpus. Éste, incluso, es diferente del común, por cuanto en él el juez ordena, aparte del funcionario que lo detiene al lesionado, a cualquier comisario, agente de policía u otro empleado, que tome la persona detenida o amenazada y la traiga a su presencia para resolver lo que corresponda según derecho.

Por cierto que esta especialidad se entronca con el sistema del hábeas corpus común en cuanto a explicación de la detención, orden que la generó, presentación de la misma si existiere. Todo en la audiencia de ley.

Cumplimiento de la orden de hábeas corpus. En todos los casos "la autoridad requerida cumplirá la orden de inmediato o en el plazo que el juez determine de acuerdo con las circunstancias del caso.

"Si por impedimento físico el detenido no pudiere ser llevado a presencia del juez, la autoridad requerida presentará en el mismo plazo un informe complementario sobre la causa que impide el cumplimiento de la orden, estimando el término en que podrá ser cumplida. El juez decidirá expresamente sobre el particular pudiendo constituirse donde se encuentra el detenido si estimare necesario realizar alguna diligencia y aun autorizar a un familiar o persona de confianza para que lo vea en su presencia..." (art. 12).

Vuelve la ley en este caso como lo ha hecho en otros ya señalados precedentemente, a recoger la lamentable experiencia ofrecida en muchas oportunidades en que la autoridad de detención recurrió a invocación falsa de enfermedad impeditiva, y le opone una barrera infranqueable.

Detenido a la orden del juez del hábeas corpus. Instantáneamente, por imperio de la ley, el lesionado en su libertad en cualquiera de las formas previstas por la ley pasa, desde el momento en que el funcionario detentador toma conocimiento de la orden, a estar bajo la dependencia exclusiva del juez del hábeas corpus.

Tiene particular importancia señalar que esa dependencia elimina toda otra que pudiere haber respecto de cualquier otro juez, durante la realización del procedimiento.

Estimamos necesario subrayar que desde ese momento el juez mismo pasa a ser responsable de la persona del detenido, por lo que puede ordenar custodia u otra medida de seguridad del presunto lesionado por el tiempo y en el lugar que estime necesarios.

La ley no lo dice, pero se impone por la propia naturaleza del instituto protector y la responsabilidad jurisdiccional.

B. SEGUNDA ETAPA: DEBATE

Reiteramos que la ley no emplea los términos que venimos usando; al rotular "debate" lo hacemos únicamente por su similitud con la etapa así denominada en el juicio común y que, a grandes rasgos, coincide con la que en el hábeas corpus figura como: audiencia oral, prueba y acta de audiencia (arts. 14, 15 y 16, respectivamente).

1) Cuando se remite la orden de hábeas corpus se incluye en ella la *citación para la audiencia* que debe producirse ante el juez. Se vuelve a acortar el tiempo; en cuanto en un solo acto se piden informes y se notifica fijación de audiencia. Esta citación implica también la del beneficiario del hábeas corpus si estuviere detenido.

Por separado, en el caso de que el beneficiario estuviere en libertad, se le librará citación para los mismos fines.

Puede a este acto concurrir también el Ministerio Público (lo cual no es obligatorio), pero para ello no es necesario notificarle la audiencia, ni citarlo al efecto. La ley prevé que *cuando se presenta la denuncia se notificará* al fiscal por escrito u oralmente con constancia en acta. Es la primera providencia, sin perjuicio de que en ella, a continuación, se provea el auto de hábeas corpus: "Buenos Aires, ... de ..... de 1994. Por recibido: 1°) Notifíquese al Sr. fiscal. 2°) Líbrese oficio a ..... a fin de que informe .....". Ésta es la única providencia que se le notifica.

También es optativa la intervención del denunciante, al que no es necesario notificar ni citar.

2) En lo que hace a la *asistencia letrada* de los citados, ella es prevista por la ley para todos los casos.

Para el funcionario requerido, que puede concurrir por sí o por apoderado de la repartición, se prevé que pueda tener *letrado asistente*.

En cambio, para el amparado esa asistencia tiene calidad de "*defensor*" para todos los casos (detenido presente en libertad que concurre; o en libertad que no concurre). Ese defensor puede ser privado. En el caso de que no lo designare o que pretendiendo asumir su propia defensa el juez no se lo permitiera por considerarlo insuficiente o retardatario del trámite, se le designará de oficio al *defensor oficial*.

3) La recusación no es admisible. Sólo es admisible la excusación espontánea del juez en los casos en que él mismo advierta que puede ser parcial, debiendo en ese caso inhibirse fundando causal legítima y mandando en el mismo acto que las actuaciones pasen de inmediato al juez que sigue en orden de turno, o al subrogante en su caso, para que se cumpla la audiencia de ley.

4) La audiencia oral se realizará en presencia de los citados que comparezcan (art. 14).

Es ésta una declaración genérica de la ley, que se apresura a limitar en cuanto impone la concurrencia obligatoria y *personal* del amparado que está detenido; como también la presencia obligatoria del defensor oficial, tanto para el amparado detenido como para el amenazado, que no designen letrado privado.

El interrogante está en el caso de que, presentado el amparado y el informe de ley, no concurriere el funcionario requerido ni su apoderado. Estimamos que si el informe es completo y suficiente, la audiencia debe realizarse, sin perjuicio de hacerlo comparecer ante el tribunal por la fuerza pública y promover el proceso que corresponda.

En el supuesto de que el informe no se presentara o fuere insuficiente, *la audiencia no puede realizarse*. Y se debe librar orden de captura del fun-

cionario y su procesamiento, *reiterando de inmediato la orden de hábeas corpus al superior jerárquico* de la dependencia a que pertenece el funcionario remiso (aplicación del párr. 3° del art. 11). Ante la gravedad del caso, si lo estima proceder podrá el juez constituirse en el lugar denunciado como de detención y proceder personal y oralmente (art. 11, párr. 4°).

5) La sistemática legal de la audiencia es clara. Su similitud, a grandes rasgos, con la de debate en el juicio común es patente.

a) Se abre con la lectura de la denuncia y el informe.

b) Luego el juez interrogará al amparado.

c) Proveerá en su caso los exámenes que correspondan.

d) Si de oficio o a pedido de alguno de los intervinientes se estima necesaria la realización de diligencias probatorias, el juez determinará su admisibilidad o rechazo de acuerdo con la utilidad o pertinencia al caso de que se trata.

La prueba se incorporará en el mismo acto, y de no ser posible el juez ordenará las medidas necesarias para que se continúe la audiencia en un plazo que no exceda de 24 horas.

e) Tanto para el caso de que no se produzca prueba, como también inmediatamente de haberse ella producido, el juez escuchará tanto a la autoridad requerida como al amparado, en alegato producido personalmente o por intermedio de asistente letrado o defensor, respectivamente.

f) Luego de todo ello se declarará cerrado el acto y el secretario deberá dejar constancia en acta que deberá contener: 1) nombre del juez y de los intervinientes; 2) mención de los actos que se desarrollaron en la audiencia, con indicación del nombre y apellido de los peritos, intérpretes o testigos que concurrieron; 3) si se ofreció prueba, constancia de la admisión o rechazo y su fundamento sucinto; 4) cuando los intervinientes lo pidieren, resumen de la parte sustancial de la declaración o dictamen que haya de tenerse en cuenta; 5) día y hora de la audiencia, firma del juez y secretario y de los intervinientes que lo quisieren hacer.

Es indispensable señalar día y hora, por cuanto abre el inicio del "inmediatamente" que tiene el juez para dictar su resolución.

C. TERCERA ETAPA: DECISIÓN

Terminada la audiencia, el juez dictará inmediatamente la decisión, que deberá contener:

1) Día y hora de la emisión. Este extremo y el de la fecha y hora del cierre del acta de debate son los que sirven para computar el término "inmediatamente" para dictar la decisión.

2) Mención del acto denunciado como lesivo, de la autoridad que lo emitió y de la persona que lo sufre.

3) Motivación de la decisión.

4) La parte resolutiva, que deberá versar sobre el rechazo de la denuncia o su acogimiento, caso en el cual se ordenará la inmediata libertad del detenido o la cesación del acto lesivo.

5) Costas y sanciones según los arts. 23 y 24.

a) Las costas se imponen al vencido y en este caso del hábeas corpus, él es el funcionario cuyo acto lesivo se deja sin efecto.

Esta regla se modifica cuando la actitud del funcionario se hubiere basado en el cumplimiento de una ley que se declara inconstitucional, en cuyo caso su imposición será en el orden causado.

Por el contrario, cuando el hábeas corpus fuere rechazado, las costas se impondrán al que las causó, salvo el caso de improcedencia manifiesta declarada en la decisión en que las soportará el denunciante o el amparado, o ambos solidariamente, según que la inconducta responda a la actividad de uno de ellos o de ambos a la vez (art. 23).

b) De las sanciones se ocupa el art. 24, que dice "Cuando la denuncia fuere maliciosa por ocultamiento o mendacidad declaradas en la decisión se impondrá al denunciante multa de ..... a ..... o arresto de 1 a 5 días a cumplirse en la alcaidía del tribunal o en el establecimiento que el juez determine, fijadas de acuerdo con el grado de su inconducta. El pronunciamiento podrá ser diferido por el juez expresamente cuando sea necesario realizar averiguaciones; en este caso el recurso se interpondrá una vez emitida la decisión, la que se notificará conforme a las disposiciones del Libro I, Título VI del Código de Procedimientos en Materia Penal.

"La sanción de multa se ejecutará conforme lo prevé el Código Penal, pero su conversión se hará a razón de ..... pesos o fracción por cada día de arresto...".

6) La firma del juez.

Si se tuviera conocimiento de la probable comisión de un delito de acción pública, el juez mandará sacar los testimonios correspondientes haciendo entrega de ellos al Ministerio Público (art. 17).

La decisión será leída inmediatamente por el juez ante los intervinientes y quedará notificada aunque alguno de ellos se hubiere alejado de la sala de audiencia. El *defensor oficial* que compareciere según la representación del detenido que no tuviere asistencia, del amparado libre que concurre y no tiene letrado, o del que no concurre y el defensor lo representa obligatoriamente, *no podrá alejarse* hasta la lectura de la decisión (art. 18).

Régimen de impugnación recursiva. Hemos dicho ya que el sistema procesal del hábeas corpus, válido para la jurisdicción nacional, es de doble instancia, extremo por el cual, tanto en la frustración del inicio —por vía del recurso de consulta— como a su cierre con la resolución —por vía del recurso de apelación— interviene como alzada la Cámara Nacional de Apelaciones que corresponda.

El de consulta ya ha sido tratado.

El de apelación puede ser interpuesto por el agraviado por la resolución, ya sea el fiscal, como el amparado, como también por el funcionario imputado. Puede serlo por el denunciante, pero sólo en cuanto se hubiere resuelto algo en su contra.

Deberá ser interpuesto ante el juzgado de origen por escrito o verbalmente dejando constancia en acta expedida por el secretario, dentro de las 24 horas de notificado en la forma tratada precedentemente.

Basta la simple interposición. Pero puede ser fundado en ese acto.

Es necesario advertir que, por su especificidad, este procedimiento no tiene previsto el recurso de adhesión, que se inserta en el proceso penal nacional. Siendo personal el amparo, no se admite tampoco el efecto extensivo que también prevé el régimen procesal nacional.

El recurso procederá siempre con efecto suspensivo, salvo en lo que respecta a la libertad personal que se hará efectiva de inmediato, en el caso de triunfar el amparo y no obstante los recursos que se interpongan (art. 17, inc. 4°).

Si el recurso fuere denegado por el juez de origen, la ley prevé la posibilidad de interponer el recurso de queja por ante la Cámara en forma directa. No dice la ley qué término a partir de la notificación denegatoria debe mediar para recurrir, pero —dentro de la sistemática vertiginosa de este procedimiento de amparo— considerando que a la Cámara —como tribunal— la ley le impone para pronunciarse sólo 24 horas, no puede ser sino lo mismo o inmediatamente para la parte.

Al proveer el juzgado de origen la concesión del recurso, en el mismo decreto insertará emplazamiento a las partes para que concurran ante la Cámara dentro de las 24 horas. En la misma providencia dispondrá poner al amparado bajo la jurisdicción de la Cámara.

Este paso y el lapso de emplazamiento podrá extenderse según la distancia que medie entre la Cámara y el tribunal.

Procedimiento ante la Cámara de Apelación. Ante el tribunal de alzada, dentro del término de las 24 horas del emplazamiento ya decretado en

origen, las partes podrán fundar el recurso y presentar escritos de mejoramiento de los fundamentos del recurso o la decisión.

La Cámara podrá ordenar la producción de audiencia en los mismos términos y regulación que la de la primera instancia (arts. 13/16), y en su consecuencia dictará, con o sin ella, la resolución con ajuste a la regulación de los arts. 17 y 18.

Esta resolución podrá ser recurrida, en su caso, por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por vía de recurso extraordinario, a cuyo efecto la ley en su art. 7°, declara expresamente sentencia y definitiva a esta resolución (art. 20).

6) Capítulo tercero de la ley. Reglas de aplicación

Bajo el acápite que antecede, la ley, en lo que hace a la jurisdicción nacional —dividido en justicia federal y justicia común de la Capital Federal— atribuye a las cámaras de apelaciones facultad reglamentaria de turnos de jueces, provisión de personal para cada turno, difusión de las reglas respectivas y publicación de los turnos citados.

Inserta la ley también para el área nacional la orden para las autoridades nacionales y las fuerzas de seguridad de proveer todo lo pertinente para el funcionamiento del sistema a permanente disposición del tribunal interviniente.

Se crea, también, un registro en la Secretaría de Superintendencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el que se asentarán todas las sanciones que se impongan con ocasión de este régimen de amparo, y que deben ser comunicadas por los respectivos tribunales.

b) Cooperación internacional en materia penal. Extradición

A. INTRODUCCIÓN

En el orden internacional los distintos Estados se prestan una *cooperación recíproca* en materia penal que hace posible y efectiva su lucha contra la delincuencia. Esa relación se concreta en la prestación de ayuda o asistencia que unos —como requirentes— piden a otros —como requeridos—, y consiste en la ejecución de medidas investigatorias, juzgatorias o de punición, necesarias para que en un proceso judicial pueda ser aplicada la ley penal.

Dicha *colaboración* abarca una amplia gama de actos diversos que van, en orden creciente de gravedad, desde lo más sencillo y benigno, a lo más complejo y comprometido con las garantías constitucionales. Así se ven sucederse en tal línea a: el simple informe; la remisión de documentos; la citación de personas; la recepción de declaraciones a imputados, testigos, peritos; el secuestro de bienes; la pesquisa domiciliaria; el seguimiento de personas; la interceptación de correspondencia y la intervención de comunicaciones. Y ya en el rango máximo se ubica la detención de personas y su remisión, privada de libertad, al requirente.

Esto último, por su compromiso con la libertad individual, adquiere entidad propia, se denomina "extradición" y demanda en todos los casos la intervención judicial. En tanto, todos los demás, englobados como "asistencia en la investigación y juzgamiento de delitos", diversifican su trámite en actuación judicial, por un lado, cuando se comprometen garantías personales (secuestro de bienes, pesquisa domiciliaria, seguimiento de personas, interceptación de correspondencia, intervención de comunicaciones, declaraciones de imputados, testigos, peritos), a diferencia de lo que, por otro, se reduce a simple tramitación administrativa, como son las citaciones y notificaciones, remisión de informes o documentos o identificaciones.

Toda esta materia asistencial está regulada por tratados o convenciones internacionales que vinculan a los distintos Estados entre sí; y en defecto de ellos, por las reglas de reciprocidad que entre requirente y requerido pudieren aceptarse. La legislación interna del Estado requerido, además de su aplicación específica, actuará como cláusula de interpretación de aquéllos y será norma obligatoria en todo lo que ellos no prevean específicamente.

En todos los casos el pedido de ayuda, en cualquiera de sus tipos, se concreta en solicitudes formales normativamente reguladas, que se envían y reciben por vía diplomática. En el Estado requerido ingresa por su Ministerio de Relaciones Exteriores, el que tras un contralor administrativo esencial, según sea lo demandado, lo pasa a la justicia —juez federal—, o al Ministerio de Justicia que es el que dispone la ejecución de lo solicitado.

Dentro de toda esa cooperación interestadual se inserta aquella que hace al cumplimiento y vigilancia de las penas que se impongan por un Estado, rogando luego a otro que por ser su connacional el condenado o tener domicilio familiar en él, admita que en su territorio se cumplan las sanciones y se las controle en ese sentido.

La ley de la materia prevé la regulación de esa relación, sus recaudos, efectos y trámite de las rogatorias, para connacionales y extranjeros. Lo solicite un Estado a la Argentina. O lo haga ella respecto de otro.

Todo lo que hace a la primera procedencia, se tramita en nuestro país por vía diplomática, se radica luego en el Ministerio de Justicia y éste procede, según las distintas previsiones, a conferir intervención de la justicia civil en las ejecuciones patrimoniales, o, según corresponda, a los jueces de ejecución penal, que son los que tienen a su cargo toda la vigilancia del cumplimiento de las penas, pero no tienen facultades juzgatorias (arts. 82, 110).

Toda esta última materia —prevista en la ley bajo el rubro "Cumplimientos de condenas"—, es ajena a la materia procesal penal, es fundamentalmente ejecutiva y se aloja en área administrativa, con intervención, también ejecutiva del resorte jurisdiccional que corresponda.

Por esta razón no la tratamos. Sólo nos reduciremos a lo estrictamente jurisdiccional penal.

B. RÉGIMEN LEGAL

Lo que antecede es, sintéticamente, el objeto y la sistemática que gobierna la ley argentina 24.767, dictada el 16 de enero de 1997, que regulando toda esa materia, sustituye la antigua ley 1612, como así también los arts. 646 a 674, CPP (viejo), normativas que expresamente deroga.

No resultan incompatibles sus exigencias con las impuestas por los arts. 52 al 54, CPPN que, referidas concretamente a la "extradición", la prevén, tanto en lo que hace a las jurisdicciones nacionales, como internacionales y en sus formas "activa" y "pasiva", estableciendo que en relación a la primera, junto con la solicitud en todos los casos se acompañará la copia de la orden de detención, del auto de procesamiento y prisión preventiva o de la sentencia y, siempre, los documentos necesarios para comprobar la identidad del requerido. Y agrega que en la activa internacional el trámite se hará por la vía diplomática y con arreglo a los tratados existentes o al principio de reciprocidad.

En lo que respecta a las solicitudes de extradición efectuadas por otros tribunales —nacionales o internacionales— al nuestro, se exige que se la acompañe de la documentación procesal ya señalada precedentemente. Si ésta está satisfecha, inmediatamente y previa vista al Ministerio Público, se le dará trámite.

Agrega que tras la detención del imputado y la acreditación de su identidad, se le permitirá que, por sí o por medio de su letrado defensor, aclare los hechos e indique las pruebas que a su juicio puedan ser útiles.

Estimamos que esta última previsión debe ser precisada señalando que los hechos a que se refiere son sólo aquellos que hacen a las causales

de improcedencia de la extradición, únicamente como medio de captura y remisión, pero jamás a los que integrando el objeto procesal del juicio en el que es imputado es requerido para juzgarlo, están fuera de la jurisdicción penal del país requerido (*in re:* art. 30, párr. 3°, ley 24.767).

El referido Código Procesal Penal nacional, aparte de las normas señaladas, por vía de remisión legal regula todo el trámite judicial de la extradición en cuanto la ley 24.767 específicamente establece que este procedimiento se llevará a cabo conforme a las reglas que para el proceso correccional dicho Código instituye (art. 30, párr. 1°, ley cit.).

C. CONDICIONES ESENCIALES DE ADMISIBILIDAD

La ley 24.767 impone para los casos de cooperación en materia penal, desde la simple citación hasta la extradición, una serie de condiciones que hacen a su admisibilidad y que por insatisfechas conducen al rechazo de lo solicitado. Algunas de esas causales son sólo aplicables a la extradición.

I) *Improcedencia.* Desde la recepción misma de la solicitud por vía diplomática y desde la propia sede administrativa se decreta la improcedencia de lo requerido y se devuelve la rogatoria a su origen con exposición de las razones que la fundan. Se integra así un contralor inicial en custodia de principios esenciales.

1) *Es absoluta*:

a) Cuando el proceso en que se requiere la medida tiene por objeto un delito político (art. 8°, inc. a]), cuyo concepto depura la misma ley en su art. 9°.

b) Cuando ese objeto sea integrado por delitos exclusivamente militares (inc. b]).

c) *Doble incriminación*: cuando el hecho materia del proceso en que se solicita no sea constitutivo de delito *también* en la ley argentina. Esa doble incriminación se impone para todos los casos, con intervención judicial (arts. 6° y 68), exceptuándose sólo aquellas diligencias asistenciales en las que por no comprometerse las garantías fundamentales (simple, citación, notificaciones, informes, etc.), todo se satisface por un trámite administrativo. Mas, dentro de las judiciales, la gravedad de la extradición hace que a su respecto, *además*, se exija que el delito sea —en los dos países— pasible de pena privativa de libertad con mínimo y máximo tales que su semisuma sea menos de un año, aun cuando los que con él se concursan no gocen de esa condición (art. 6°).

Se mantiene este principio de la doble incriminación aun en el caso de las leyes penales en blanco, pero sólo en lo que hace a la estructura del pre-

cepto y el monto y clase de pena. El precepto, respetado en todos los casos, puede diferir en ambos países en lo que hace al contenido que le pudieren dar las normas extrapenales que completan la descripción de la acción punible (art. 7°).

Se deja de lado esta exigencia de doble incriminación en el caso muy benigno de que lo requerido sea sólo ayuda para meras diligencias que como las simples citaciones, notificaciones, informes, identificaciones, etc., no comprometan garantías fundamentales por lo que en la tramitación de la rogatoria no interviene el Poder Judicial y todo se reduce a un trámite administrativo (art. 68).

d) Cuando el proceso, en el país requirente, esté tramitando ante lo que el art. 18, CN, designa como comisiones especiales (inc. c]).

e) Cuando sea evidente que la medida se dicta en proceso motivado en propósitos persecutorios por política, nacionalidad, raza, sexo o religión, o hubiere motivos fundados para suponer que esas razones puedan perjudicar el ejercicio del derecho de defensa en juicio (inc. d]).

f) Cuando existan motivos fundados para suponer que el requerido pueda ser sometido a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (inc. e]).

g) Cuando existan especiales razones de soberanía nacional, seguridad u orden públicos u otros intereses para la Argentina, que tornen inconveniente el acogimiento del pedido (art. 10).

h) Cuando la persona requerida poseyera condición de refugiado y el pedido de extradición proviniere del país que motivó el refugio. En este caso el Ministerio de Relaciones Exteriores procederá a devolver la requisitoria sin más trámite con explicación de los motivos que obstan a su diligenciamiento (art. 20).

i) Cuando no existe tratado, convención o reciprocidad previa que vincule a ambos países sobre la materia, ni la última, ofrecida para el caso, no es aceptada (art. 3°).

2) *Es relativa*: cuando el obstáculo opuesto por la norma es obviable por razones expresamente previstas por ello, o cuando el Estado requirente expresamente se obligare a respetar la exigencia argentina.

Así:

a) En el caso concreto de cada medida o ayuda demandada, la procedencia de ella no se admite cuando el hecho por el que se solicite fuere delito que cayere también bajo la jurisdicción argentina.

Este principio se excepciona, pudiendo el Poder Ejecutivo argentino hacer lugar al trámite de la medida impetrada, cuando el delito de que se trate *integre una conducta punible significativamente más grave*, que, siendo

de la competencia del Estado requirente sea ajena a la jurisdicción argentina. Y también cuando el Estado requirente tuviere *facilidades notoriamente mayores que la República Argentina para conseguir las pruebas del delito.*

En el caso de que se concediere lo rogado, se archivarán las actuaciones argentinas; si el Estado requirente lo solicita las copias de las mismas le serán remitidas (art. 5°, párrs. 2° y 3° y art. 23).

b) Cuando el delito por el que se produce el pedido tuviere en el país requirente pena de muerte.

El obstáculo se aventa cuando por ese último se dieren seguridades de que tal pena no será aplicable (art. 8°, inc. f]).

c) Cuando los requisitos formales del requerimiento imputados por tratado, convención o reciprocidad, y por la ley interna no fueren satisfechos.

En este supuesto el alcance de la improcedencia se reduce a la reserva de la actuación hasta que el Estado requirente subsane las falencias formales (art. 21).

II. *Denegatoria.* Esta previsión se refiere únicamente a la no concesión de la extradición como forma de ayuda requerida y supone para poder ser dictada el ingreso de la requisitoria al trámite judicial y en dicha sede la actuación suficiente para que surja acreditada la causal de rechazo que prevé la ley. Algunas de ellas son reparables por el compromiso del Estado requirente.

Por ello distinguimos:

1) *Absolutas:* El juez no hará lugar a la extradición, cuando:

a) La acción o la pena se hubiera extinguido según la ley del Estado requirente (art. 11-a).

b) Cuando la persona reclamada ya hubiese sido juzgada, en la Argentina o cualquier otro país, por el hecho que motiva el pedido (*idem* b).

c) Cuando la persona reclamada habría sido considerada por la ley argentina como inimputable por razón de la edad si hubiese cometido el delito en la Argentina (*idem* c).

2) *Relativas*: se dan cuando el obstáculo previsto por la ley, ella misma prevé también la posibilidad de reparación por parte del requirente.

Se alinean en este rubro:

a) Cuando la condena se hubiese dictado en rebeldía y el Estado requirente no diese seguridades de que el caso se reabrirá para oír al condenado, permitiéndole el ejercicio del derecho de defensa y dictar en consecuencia una nueva sentencia (art. 11-d).

b) Cuando el Estado requirente no diere seguridades de que se computará el tiempo de privación de libertad que demande el trámite de extra-

dición, como si el extraditado lo hubiese sufrido en el curso del proceso que motivó el requerimiento (*idem* e).

D. EXTRADICIÓN DE LOS CONNACIONALES

Como ya lo hemos resaltado, las disposiciones que anteceden son de carácter general y de consideración previa para fundar la admisibilidad o no de un pedido de cooperación en la materia. Pero de todas ellas —absolutas o relativas— sólo algunas son de aplicación exclusiva al procedimiento de extradición; ellas ya han sido marcadas e, incluso, comentadas.

Pero hay entre todas una de particular relevancia y generadora de un tratamiento especial: el régimen específico que se impone cuando el imputado solicitado de extradición es un connacional argentino, condición que habrá de tener tanto al momento de comisión del delito presunto, como al del tiempo en que ejercite su opción y en el lapso intermedio.

El principio que afirma la ley (art. 12) es el de que el *connacional es extraditable*, exista o no al respecto un tratado entre requirente y requerido que obligue a ello.

Lo que ocurre es que la situación decisoria varía según exista tratado o no. Ello es así por cuanto si no lo hubiere, el connacional puede optar por ser juzgado por la justicia argentina, ante la cual se impone la denegatoria judicial de la extradición. La resolución es definitiva.

Claro está que en el supuesto de que existiere tratado por el cual la Argentina se hubiere comprometido a producir la extradición del connacional, el Poder Judicial no puede apartarse de su letra, que es la ley, y en su consecuencia, no siendo admisible la opción, en su caso, deberá resolver que la extradición es procedente. Pero tal resolución, a diferencia de la ya comentada, no es aún definitiva pues está supeditada a la decisión del Poder Ejecutivo quien resolverá su denegatoria cuando haga lugar a la opción que se hubiere introducido por el connacional. Este Poder actúa con ajuste a los intereses nacionales, soberanía, orden público. Es campo de política de Estado.

Para tomar esta decisión el Poder Ejecutivo cuenta con diez días hábiles a partir de la recepción de la comunicación de la resolución judicial y remisión de las actuaciones. Si venciere el término sin resolución expresa a favor o en contra, tácitamente se tiene por concedida (o sea confirmada la resolución judicial) la extradición.

Es así que esta integración de poderes, resalta a la resolución final como de tipo complejo (arts. 32, 35, 36 y 12).

Pero cuando por uno u otro rumbo la denegación se produce el imputado no queda de hecho e instantáneamente liberado de proceso, sino que será juzgado por la justicia argentina, conforme la ley argentina. Lo que ocurre es que tal situación será posible si el Estado requirente lo acepta, declina su jurisdicción y remite sus propias actuaciones y pruebas que obren en su poder (art. 12-3).

Si el avenimiento jurisdiccional y la remisión citada no se cumplieren, se daría el caso de que el delito quedara impune, según surge de la letra legal actual.

E. FORMALIDADES DEL PEDIDO Y PROCEDIMIENTO

Todo requerimiento de cooperación debe formalizarse por un escrito que se rotula "solicitud", ya sea de extradición, ya de "asistencia en la investigación y juzgamiento de delitos" y que en el procedimiento internacional se lo distingue como "exhorto".

a) Formalmente, toda solicitud debe ser autosuficiente; esto es: de su texto deber surgir toda la información referida al caso necesaria para que el requerido pueda apreciar su procedencia.

Por ello es que cualquiera sea su tipo, debe hacer conocer:

1) Autoridad y proceso de que proviene el pedido.

2) Descripción clara del hecho que motiva el pedido, con referencias precisas acerca de la fecha, el lugar y circunstancias en que se cometió.

3) Datos personales del autor (en el caso de extradición, muy detallados) y de la víctima.

4) La tipificación legal que corresponda al hecho.

5) Los elementos que permitan determinar la competencia del requirente. Y que su acción no se encuentra extinguida.

6) El objeto de la solicitud y todas las circunstancias cuyo conocimiento sea útil para asegurar la eficacia de la asistencia. Para el caso de que lo solicitado sea la extradición de una persona los recaudos son mayores, por cuanto se exige: testimonio o fotocopia autenticada de la resolución que dispuso la detención del procesado, con explicación de los motivos por los que se sospecha que la persona requerida habría tomado parte en el delito, y de la que ordenó el libramiento de la solicitud de extradición. Y, siempre respecto de la extradición, a lo señalado debe agregarse el texto de las normas penales y procesales aplicables al caso, en cuanto estén vinculadas a toda la materia solicitada (arts. 13, 14 y 69).

b) Las solicitudes y demás documentos que con ella se envíen, se presentarán traducidos al español. Y todos valdrán sin necesidad de certifica-

ciones ni legalizaciones. Su presentación en forma hará presumir su veracidad (art. 4°).

F. PROCEDIMIENTO

Toda solicitud de ayuda o asistencia, en cualquiera de sus grados, recibe siempre un trámite administrativo previo, similar para todos, que se inicia, tras su presentación diplomática, en el Ministerio de Relaciones Exteriores de nuestro país.

En tal sede administrativa se lleva a cabo el contralor de la rogatoria en orden al cumplimiento de todas las condiciones de procedencia. Si las absolutas no se cumplen, la rogatoria es devuelta a su origen rechazada. Si no se cumplen las relativas, se paraliza el trámite y se pide regularización, archivándose hasta que ello se cumpla.

Si los recaudos exigidos hubieren sido cumplidos, tras su dictamen favorable, el Ministerio de Relaciones Exteriores, a través del Ministerio Fiscal, remitirá las actuaciones al juzgado federal de turno con competencia territorial en el lugar en que se deba cumplir la medida (arts. 22 y 111), en el supuesto de que lo solicitado sea la extradición. Pero para el caso de que la impetrada sea otra medida, la remisión lo será al Ministerio de Justicia, el que dispondrá las diligencias pertinentes, salvo la eventualidad de que lo peticionado demande, conforme la ley argentina, la intervención de un juez, situación en la que por intermedio del Ministerio Fiscal —que será parte en representación del requirente— se proveerá la intervención del de turno (arts. 71, 73 y 74).

G. EXTRADICIÓN. TRÁMITE JUDICIAL

Destacamos de inicio que la extradición, como diligencia de detención de una persona y su remisión al país requirente, puede abarcar dos supuestos: a) para someterlo a proceso y juzgarlo; b) para, ya juzgado y condenado, hacerle cumplir la pena impuesta.

Admite dos formas: 1) la pasiva, que se da cuando el requerido es nuestro país por parte de uno extranjero; 2) la activa, que lo es cuando es el nuestro el que la solicita al extranjero.

Ambas están reguladas por la ley en análisis.

a) Extradición pasiva

Cuando el pedido se formule, ya para procesar, ya para condenar, se impone la exigencia de la doble incriminación ya tratada, en cuanto que el hecho sea delito en las leyes penales tanto del requirente como del requerido; que tenga prevista pena privativa de libertad y que su monto calculado por la semisuma de su máximo y mínimo, no sea inferior a un año. Se agrega, además de ellos, para el caso de extradición del ya condenado, que el monto de pena que deba cumplir en su destino, no sea inferior a un año de prisión (art. 6°).

Recibido el pedido de extradición, el juez librará orden de detención de la persona requerida, si es que ya no se encontrare privada de su libertad, como ocurre en el caso de que hubiere habido previamente un pedido de arresto provisorio (arts. 26 y 44).

Dentro de las 24 horas de producida la detención, el juez realizará una audiencia en la que, con intervención de intérprete si fuere necesario, informará al detenido sobre los motivos de la detención y los detalles de la solicitud de extradición; lo invitará a designar letrado defensor y si no lo hiciere y no lo autorizare a defenderse por sí, le proveerá uno oficial; dejará constancia de sus manifestaciones respecto del contenido de la solicitud de extradición; le preguntará si, previa consulta con su defensor, desea prestar conformidad a la extradición, informándole que de así hacerlo pondrá fin al trámite judicial. El detenido podrá reservarse la respuesta para más adelante y prestar su consentimiento en cualquier estado del proceso, concediéndose la extradición sólo si el Estado requirente se comprometiere a sufragar los gastos del inmediato regreso al país si el extraditado resultare declarado exento de responsabilidad (arts. 27 y 28).

En este procedimiento no son aplicables las normas referentes a la eximición de prisión o excarcelación, salvo el caso de que el detenido no sea identificado como la persona requerida, situación en la que así se declarará previa vista al fiscal y tal resolución fuere apelada, pues, excepcionalmente, en tales circunstancias y mientras dura el trámite del recurso, se lo excarcelará bajo caución, previa vista al fiscal y prohibición de salida del país del reclamado (arts. 28, 2ª parte, y 29).

Cumplidos los trámites que anteceden y no se dieren los casos de liberación que citamos, el juez dispondrá la citación a juicio, el que tramitará conforme a las reglas que para el juicio correccional establece el Código Procesal Penal de la Nación, no pudiendo en él discutirse acerca de la existencia del hecho imputado o la culpabilidad del requerido, restringiéndose

el debate a las condiciones exigidas por esta ley. Dictará resolución declarando que no procede, por lo que la sentencia *definitivamente* decidirá que *no se concede la extradición*. Pero si resolviera que ella es procedente *la* sentencia se limitará a declarar dicha procedencia y a autorizar el secuestro de documentos u objetos que estén en poder de la persona requerida, vinculados al delito y a remitirlos juntos con ella (arts. 40/42).

Contra ambos tipos de sentencia procede el recurso de apelación ordinaria ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación previsto por el art. 24, inc. 6-b, dec.-ley 1285/1958. Durante la tramitación de éste se excarcelará al reclamado bajo su caución.

Una vez firme la resolución, el tribunal la comunicará de inmediato al Ministerio de Relaciones Exteriores, y si fuere concediendo la extradición le enviarán, en copia, también las actuaciones completas (rigen los arts. 30 a 34).

Decisión final.— Subrayamos especialmente que en el caso de la extradición concedida judicialmente, se impone por la ley una suerte de integración resolutoria en cuanto faculta al Poder Ejecutivo para *resolver la denegatoria* si las circunstancias en ese momento hicieran aplicables la insuficiencia de reciprocidad por ausencia de tratado (art. 3°) o el advenimiento de obstáculos de soberanía, seguridad, orden público o interés superiores de la Nación, lo que deberá resolver en el plazo de 10 días de recibida la comunicación del Tribunal (arts. 35 y 36). Dicha resolución, salvo el caso de incompetencia del requirente, hace sobre el hecho cosa juzgada y no podrá ser nuevamente solicitada por nadie (art. 37).

Luego se regula la forma de traslado del detenido del Estado requerido al requirente, sus costos y costas, y el tiempo en que debe cumplirse, vencido el cual sin efectuarse, se libera a la persona y no podrá reproducirse el pedido (arts. 38 y 39).

Reextradición y extradición en tránsito.— Las previsiones sobre la extradición se completan en la ley con las que se refieren a la posibilidad de que el extraditado sea, a su vez, requerido de reextradición por un tercer Estado y con relación a aquel en el que ya se encuentra. Para ese evento la ley regula la forma del trámite y la obligación de dar intervención judicial con el procedimiento ya analizado en nuestro país (arts. 18, 53, 54, 55 y 56).

Completa también las previsiones legales la denominada "extradición en tránsito", que se refiere a la autorización que nuestro país otorga para que un detenido que otro país transporta hacia un tercero pueda de paso,

transitar por el territorio argentino. Prevé los recaudos de su solicitud y resolución, que pone en manos del Poder Ejecutivo (arts. 57/61).

Arresto provisorio.— Como procedimiento previo y de emergencia al de una extradición formalmente requerida, se prevé por la ley el arresto provisorio de una persona reclamada por las autoridades de un Estado extranjero mediante una solicitud directa remitida vía diplomática o por la Organización Internacional de la Policía Criminal Interpol), o indirectamente, cuando su orden de captura se inserte en los boletines de esta organización, figurando, sintéticamente, todos los datos exigidos en la rogatoria regular de extradición, con más el compromiso formal de solicitar regularmente la extradición (arts. 44 y 45).

La solicitud ingresa de inmediato ante el juez federal competente el que efectúa el contralor de cumplimiento de los requisitos fundamentales de procedencia (doble incriminación, con pena privativa de libertad cuya semisuma no sea inferior a un año, o saldo de pena ya impuesta que no pase de tal límite —art. 6°—). Por satisfechos, ordena la orden de captura. Igual intervención corresponde en el supuesto de orden de captura internacional Interpol) cumplida por la policía argentina, la que de inmediato pondrá al detenido a disposición del juez (arts. 46 y 48).

En tanto que si la detención se produce en la frontera por la autoridad argentina ante el seguimiento de un prófugo por parte de la policía extranjera, el capturado debe ser puesto a disposición del juez federal competente de inmediato y dentro de los dos días subsiguientes deberá pedirse por escrito diplomática o consularmente, con los datos exigidos para el pedido de arresto provisorio, se lo mantenga en tal estado (art. 47).

El juez tomará declaración al detenido con todos los recaudos exigidos para el solicitado de extradición, poniéndolo en libertad si se acreditare que no es la persona reclamada.

Si el Estado interesado no formulare la requisitoria formal de extradición dentro de los 30 días corridos desde la comunicación del arresto provisorio, o de su prórroga por diez (10) días más a su solicitud, el arrestado será puesto en libertad.

Si se cumplieren todos los recaudos extraditatorios el juez imprimirá a la solicitud el trámite normal para tales eventos, resolviendo en la forma positiva o negativa ya analizadas y dando la intervención de ley al Ministerio de Relaciones Exteriores (arts. 50 y 52).

b) Extradición activa

Se da cuando el requirente, frente a uno extranjero, es nuestro país y el trámite fuere procedente según la ley del primero. Su solicitud debe reunir las exigencias básicas respecto de la orden de detención, relación precisa de los hechos, su calificación legal y los motivos por los que sospecha de la responsabilidad del solicitado y todas las demás que imponga el tratado o convención internacional que relacionen ambos Estados (arts. 62 y 65).

Si la extradición fuere negada en virtud de una causal que haga procedente el juzgamiento en el país requerido, el Poder Ejecutivo argentino resolverá si se admite ese juzgamiento y en caso positivo le remitirá, si el extranjero lo solicitare, las actuaciones y pruebas colectadas.

Todo el trámite se cumplirá por vía diplomática y el tiempo total de privación de libertad que sufriere el requerido, será computado por la Argentina conforme el art. 24, CPen. (arts. 64 y 66).

ÍNDICE GENERAL

Nota preliminar 9

CAPÍTULO I

DERECHO PROCESAL PENAL

I. Función penal. Sus presupuestos jurídicos. Principio *nulla poena sine lege*. Principio *nulla poena sine iudicio* 11
II. Concepto de derecho procesal penal 14
III. Caracteres 14
a) Es una rama del derecho público 14
b) Funcionalmente es accesorio o instrumental respecto del derecho penal material 15
c) Científicamente, como disciplina, es autónomo respecto del derecho penal material 15
d) Es una rama del derecho procesal general 16
IV. Fuentes 17
V. Relación con otras disciplinas 18
VI. Ley procesal penal y sus efectos espaciales, temporales y personales 20
a) Efectos espaciales 21
b) Efectos temporales 21
c) Efectos personales 25

CAPÍTULO II

PROCESO PENAL

I. Concepto de proceso penal 27
II. Regulación de los actos procesales 30
III. Tiempo procesal 31
IV. Fines 34
V. Intereses tutelados 37

VI. Aspectos *interno y externo del proceso* 38
VII. Presupuestos 40
VIII. Sujetos procesales 41
1. El juez 42
2. Las partes 43
a) Ministerio Público Fiscal 43
b) Querellante 46
c) Actor civil 49
d) Asesor de menores 51
e) Imputado 51
f) Civilmente demandado 52
g) Defensor del imputado 53
h) Apoderado o patrocinante de la querella y/o del actor civil 53
IX. Proyecto de ley de reforma 54

CAPÍTULO III

OBJETO PROCESAL

I. Concepto y función del objeto procesal penal 57
II. Identificación 59
III. Características 60
a) Es jurídicamente indivisible 60
b) Es inmutable 62
c) Es indisponible 62
IV. Unidad y pluralidad 64
1. Conexidad procesal. Problemas de competencia 64
2. Orden de prelación cognoscitiva 66
3. Objeto procesal civil 67
V. Cuestiones prejudiciales 68
a) Homogénea 70
b) Heterogénea 70

CAPÍTULO IV

ORGANIZACIÓN JUDICIAL

I. Organización de la justicia nacional en materia penal 73
1. Disposiciones constitucionales y legales 73
II. Justicia Federal 75
a) En todo el territorio de la Nación 75
1) Corte Suprema de Justicia de la Nación 76

2) Cámara Nacional de Casación Penal 77
3) Justicia nacional distrital 78
b) En la Capital Federal 79
1) Cámara de Apelaciones 79
2) Tribunales orales de juicio 80
3) Juzgados nacionales 81
c) Ciudad Autónoma de Buenos Aires 82
III. Competencia penal nacional. Concepto. Distribución. Regulación normativa 83
1. Concepto 83
2. Distribución 84
3. Regulación normativa 84
IV. Incidencias sobre competencia. Formas. Trámite 85

CAPÍTULO V

ACCIÓN PENAL

I. Concepto 89
II. Contenido y características 90
a) Publicismo 92
b) Unidad 92
c) Titularidad 93
d) Irrevocabilidad 94
e) Intransferibilidad 95
III. Clasificación 97
IV. Condiciones de procedibilidad 98
V. Extinción 100
a) Generales 101
b) Particulares 103
VI. Acción legalmente promovida 105
VII. La acción civil en el proceso penal 106

CAPÍTULO VI

CIENCIA Y POLÍTICA PROCESAL PENAL

I. Constitución Nacional y regulación legal procesal penal 109
II. Principios procesales 112
1. Principios generales 112
a) Principio de desconcentración funcional 112
b) Principio de progresividad 114

c) Principio de comunicabilidad 115
d) Principio de inmediación 116
2. Principios especiales 117
a) Principio de necesidad 117
b) Principio de obligatoriedad 118
c) Principio de veracidad 120
d) Principio de liberalidad 121
III. Proceso escrito y proceso oral 122
IV. Política procesal penal 124
V. Juicio por jurados 125
a) Introducción 125
b) Concepto 126
c) Perfil social de la institución 127
d) El jurado y el liberalismo 128
e) Fundamentos doctrinarios a favor y en contra 130
f) Antecedentes normativos en nuestro país 133
g) Aclaración especial 134
h) Conclusión 134
i) Los "escabinos" 135

CAPÍTULO VII

LA INSTRUCCIÓN

I. Concepto. Finalidad 137
II. Medios de que se vale para cumplir su objeto 139
III. Juez competente para cumplirla. Facultades del agente fiscal 140
IV. Límites de la actividad instructoria 142
V. Sujetos que intervienen durante su desarrollo 143
1. *Dentro del grupo acusador* 143
a) Ministerio Fiscal 143
b) Querellante 144
c) Actor civil 145
2. Dentro del grupo acusado 146
a) Imputado 146
b) Tercero civilmente demandado 146
VI. Caracteres 146
a) Es escrita 147
b) Parcialmente secreta 147
c) Técnicamente discrecional 147
d) Es indisponible 148
e) Excepcionalmente decisorio 149

VII. Duración 149
VIII. Incidente de cesación de los efectos del delito 152

CAPÍTULO VIII

LA INSTRUCCIÓN —INICIACIÓN—

I. Formas de iniciación de la instrucción 155
1. Su validez como aporte de conocimiento 156
2. Tratamiento 157
II. La denuncia 160
a) Concepto 160
b) Autoridad competente para recibirla 162
c) Clases de denuncia 162
d) Forma 164
III. La querella: Su supresión como forma de iniciación. Su complementación con la denuncia, asunción como querellante parte en el proceso y parte civil 165
IV. La prevención 165
a) Concepto 165
b) Autoridad competente para instruirla 166
c) Facultades 166
d) Formas 167
V. La iniciación oficiosa: Concepto. Autoridad competente 168

CAPÍTULO IX

ACTIVIDAD ADQUISITIVA

I. Cuerpo del delito 171
a) Concepto 171
II. Regulación legal 174
a) Generalidades 174
b) Inspección judicial 175
c) Reconstrucción del hecho 178
d) Registro domiciliario 178
e) Requisa personal 179
f) Secuestro 182
g) Intervención de comunicaciones telefónicas 183
h) Restitución de objetos secuestrados 184
III. Nuevas técnicas investigativas 185
a) Agente encubierto 186
b) El arrepentido 188

c) Agente provocador 189
d) Entrega vigilada 190
IV. Admisión de nuevos tipos de prueba 190

CAPÍTULO X

EL IMPUTADO

I. El imputado 191
1. *Concepto* 191
2. Identificación 193
3. Capacidad 193
4. Rebeldía 194
II. Declaración del imputado 194
1. Informativo - Identificatoria 195
a) Concepto y finalidad 195
b) Oportunidad y autoridad receptora 195
c) *Situación de emergencia* 196
d) Garantías 196
e) Formalidades 199
2. Declaración indagatoria 200
a) Concepto 200
b) Presupuesto 200
c) Naturaleza jurídica 201
d) Normas de procedimiento y garantías del declarante 201
e) Oportunidad y autoridad receptora 203
III. Efectos procesales de la declaración indagatoria 203
a) Auto de procesamiento 203
b) Sobreseimiento 205
c) Falta de mérito 206
d) Problema constitucional 207
IV. Identificación de personas y cosas 209
a) Concepto y finalidad 209
b) Respecto de las personas y de las cosas 210
V. Circunstancias personales del imputado 210
Proyecto de ley de reforma citado (Cap. I *in fine*) 210
Jurisprudencia 211

CAPÍTULO XI

MEDIOS DE PRUEBA

I. Concepto de prueba 219
a) Finalidad y relación con el objeto procesal 220
b) Principio de veracidad y la prueba 220
c) Pruebas legales 221
d) Libres convicciones 222
e) Técnica legislativa sobre la prueba en el Código Procesal Penal de la Nación 223
II. Testimonio 227
a) Concepto 227
b) Capacidad 227
c) Habilidad 228
d) Normas de procedimiento 230
e) Testigo protegido 233
f) Valoración 235
III. Careo 235
a) Concepto 235
b) Caracteres 236
c) Procedimiento 236
IV. Pericia 237
a) Concepto 237
b) Capacidad 239
c) Habilidad 239
d) Normas de procedimiento 240
e) Reserva impuesta a los peritos 242
f) Intérpretes 242
g) Valoración 243
V. Documentos 243
a) Concepto 243
b) Clases y fuerza probatoria - Remisión 244
c) Adquisición y forma - oportunidad de su agregación al proceso 244
d) Sentencias declarativas de falsedades instrumentales 245
VI. Informativa 246
a) Concepto 246
b) Procedimiento 246
VII. Confesión 247
a) Concepto 247
b) Autoridad que puede recibirla 248
c) Simple, circunstanciada, calificada 248

d) Retractación 249
e) Valoración 249
VIII. Indiciaria 250
a) Concepto 250
b) Regulación legal 250
c) Valoración 251
IX. Prueba fotográfica, cinematográfica y electrofónica 251

CAPÍTULO XII

ACTIVIDAD CAUTELAR

I. Cautela personal 255
a) Concepto 255
b) Formas 256
1) Citación 258
2) Inmovilización en el lugar del hecho-arresto 259
3) Detención sin orden-*aprehensión* 260
4) Detención con orden 262
5) Prisión preventiva 262
6) Incomunicación 265
II. Cautela real 267
a) Concepto 267
b) Formas 267
Aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Comercial 269

CAPÍTULO XIII

LIBERTAD PROVISIONAL

I. Libertad provisional 271
1. Concepto 271
2. Formas 272
a) Exención de prisión 273
1) Concepto 273
2) Procedencia 273
3) Trámite 277
b) Libertad bajo caución: excarcelación 278
1) Concepto 278
2) Procedencia 278
3) Trámite 281
4) Cauciones 281

c) Liberación provisional del condenado en revisión 283
d) Libertad por falta de *mérito. Concepto. Procedencia. Condicionamiento* 283
e) Suspensión del proceso a prueba. Concepto. Procedencia y trámite. Condicionamiento 285
II. La suspensión del proceso en el Código Penal 287
a) Alcance 287
b) Requisitos personales del imputado 288
c) Oportunidad 289
d) Requisitos complementarios 290
e) Núcleo de la prueba 290
f) Resultado 291
g) Prescripción 292
h) Nueva oportunidad 292
i) Liberación del sistema respecto del resto del ordenamiento jurídico 292

CAPÍTULO XIV

CONCLUSIÓN DE LA INSTRUCCIÓN

I. *Clausura de la instrucción* 295
1. Concepto y formas 295
2. Clausura normal 296
a) Requerimiento 296
b) Procedimiento en caso de desacuerdo del juez 297
c) Intervención de la defensa 298
d) Situación del actor *civil y civilmente demandado* 299
e) Decreto simple y auto de elevación 299
f) Recurso 300
II. Instrucción sumaria 300
a) Aclaración previa 300
b) Ubicación sistemática de la instrucción sumaria 301
c) Instrucción sumaria 302
d) Situación cautelar personal del imputado 303
e) Actividad instructoria del agente fiscal 303
f) Situación cautelar real del imputado 304
g) Tiempo de duración de la instrucción sumaria 305
h) Trámite de clausura de la instrucción 305
i) Conclusión 306
III. Instrucción suplementaria e indagatoria en debate y efectos 306
3. *Clausura anormal: sobreseimiento* 308
a) Concepto 308
b) Procedencia 308

c) Formas 311
d) Efectos 312
e) Recursos 312
f) Oportunidades en que se lo puede dictar durante el proceso 312

Sinopsis objetiva del proceso penal. Etapas. Contenido 313

CAPÍTULO XV

EXCEPCIONES PROCESALES

a) Concepto 317
b) Enumeración y noción de cada una 318
c) Clasificación 321
d) Oportunidad de oposición y su número 321
e) Procedimiento 322
f) Efectos 323
g) Recurso 324

CAPÍTULO XVI

JUICIO

I. Juicio 325
1. Concepto 325
2. Etapas 326
3. Caracteres 326
a) Público 326
b) Oral 327
c) Continuidad 328
Suspensión extraordinaria 328
d) Contradictorio 329
4. Clases: común y especiales 329
II. Procedimientos preliminares para la elevación a juicio 330
III. Órgano 332
a) Audiencias 333
b) Poder de policía en las audiencias 333
c) Dirección del debate 334

CAPÍTULO XVII

ANÁLISIS DE CADA ETAPA DEL JUICIO

I. Etapas en que se divide el juicio 335

a) Diligencias preliminares 335
b) Debate 339
Acta del debate 343
c) Deliberación y sentencia 343
Crítica doctrinaria y jurisprudencial 344
II. La acusación 346
a) Concepto 346
b) Oportunidades 346
c) Formas 347
d) Función 348
e) Pedido de absolución del fiscal al formular su alegato sobre la prueba al cierre del debate 348
III. La defensa 349
a) Concepto 349
b) Oportunidades 349
IV. Sistema que rige los medios de prueba y su valoración 350

CAPÍTULO XVIII

CONCLUSIÓN DEL PROCESO

I. Conclusión normal 353
1. La sentencia 353
a) Etapa preparatoria 354
b) Dictado de la sentencia - formas legales 355
c) Contenido 357
1) Condenación penal 357
2) Absolución penal 358
3) Condenación civil 358
d) Fórmula práctica de redacción 359
e) Plazo 359
II. Conclusión anormal 361
1. El sobreseimiento por causas extintivas de la acción en el curso del juicio 361

Esquema del asiento territorial de la etapa. Juicio. Sectores 363

CAPÍTULO XIX

MEDIOS DE IMPUGNACIÓN - RECURSOS

I. Concepto 367
a) Institución y regulación legal de los medios de impugnación 368
b) Efectos 370

c) Adhesión 371
d) Desistimiento 374
e) Tratamiento por parte del tribunal que dictó la resolución impugnada y por el de alzada 375
f) Facultades del tribunal de alzada en función del recurso admitido 376
g) Clasificación de los recursos por la amplitud de la materia de tratamiento 377
II. Método de regulación legal de esta materia 378
a) General 378
b) Específico 378

CAPÍTULO XX

RECURSOS EN PARTICULAR

I. Recursos ordinarios 381
a) Reposición 381
b) Regulación legal 383
c) Apelación 384
d) Queja. Regulación 386
e) Consulta 388

CAPÍTULO XXI

RECURSOS EN PARTICULAR

I. Recursos extraordinarios 391
a) Casación. Concepto 391
1) Casos en que procede 392
2) Resoluciones recurribles 393
3) Personas que pueden recurrir 393
4) Recaudos y forma de interposición 395
5) Procedimiento 396
a) Tratamiento en origen 396
b) Tratamiento en el Tribunal de Casación 397
c) Trámite 397
d) Audiencia de debate 398
e) Deliberación 398
f) Sentencia 399
g) Tipo de resolución según el vicio fundante del recurso 399
b) Inconstitucionalidad 400
c) Recurso extraordinario del art. 14, ley 48 401
d) Recurso de inaplicabilidad de ley 402

II. Recurso mixto 404
a) Revisión 404
b) Procedencia 404
c) Trámite 406

CAPÍTULO XXII

MEDIOS DE IMPUGNACIÓN. NULIDAD INCIDENTAL

a) Concepto 409
b) Clases de vicios 410
c) Acción reparatoria 411
d) Oportunidad de oposición 411
e) Procedimiento 412
f) Recurso 413

CAPÍTULO XXIII

PROCESOS Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

I. Distinción entre procesos y procedimientos especiales 415
a) Concepto 415
b) Enunciación de los de cada tipo 415
II. Procesos especiales 417
a) Correccional 417
b) Proceso especial de menores 419
Derogación parcial de la justicia de menores 422
c) Proceso especial por delitos de acción privada 423
1) Regulación en el Código Penal 423
2) Adecuación formal. Procedimiento. Tribunal interviniente 424
d) Proceso especial. Juicio abreviado 432
A. Concepto. Caracteres. Trascendencia 432
B. El nuevo régimen legal 433
a) Concepción y nacimiento de la idea pactante 433
b) Tratamiento procesal de la solicitud 434
c) Apartamiento del trámite de clausura común 435
d) Actitud jurisdiccional ante el pedido de juicio especial 436
e) Conclusión 437
III. Proceso especial. Delito de secuestro extorsivo 437
1. La realidad 437
2. La ley 25.760 438
IV. Procedimientos especiales 440
a) Jueces de ejecución 440

b) Facultades: penas y medidas de seguridad 440
1) Penas 440
2) Medidas de seguridad 443
c) Trámite y recurso 443
V. Otros procedimientos especiales 444
a) Hábeas corpus 444
1) Concepto 444
2) Evolución en nuestro régimen legal nacional 445
3) Sistemática de la ley 23.098 445
4) Normas de fondo (Cap. I, arts. 1° al 7°, ley 23.098) 446
5) Normas de forma para la justicia nacional. Régimen procesal del hábeas corpus 450
A. Primera etapa: instrucción 450
B. Segunda etapa: debate 455
C. Tercera etapa: decisión 457
6) Capítulo tercero de la ley. Reglas de aplicación 460
b) Cooperación internacional en materia penal. Extradición 460
A. Introducción 460
B. Régimen legal 462
C. Condiciones esenciales de admisibilidad 463
D. Extradición de los connacionales 466
E. Formalidades del pedido y procedimiento 467
F. Procedimiento 468
G. Extradición. Trámite judicial 468
a) Extradición pasiva 469
Decisión final 470
Reextradición y extradición en tránsito 470
Arresto provisorio 471
b) Extradición activa 472